

**Die Übernahme des Rechtsgeschäftsbegriffs
ins japanische Zivilgesetzbuch – unter
besonderer Berücksichtigung der
Entstehung der Vorschriften –**

Makoto ARAI

1979

Die Übernahme des Rechtsgeschäftsbegriffs
ins japanische Zivilgesetzbuch - unter
besonderer Berücksichtigung der Entstehung
der Vorschriften -

Inaugural - Dissertation
zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians-Universität
zu München

vorgelegt von
Makoto ARAI
1979

Referent: Professor Dr. Gagnér

Korreferent: Professor Dr. Lorenz

Tag der mündlichen Prüfung: 26. Juli 1979



Gedruckt mit Unterstützung des
Deutschen Akademischen Austauschdienstes

Meinen Eltern



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41554612_0028

"The Japanese Civil Code is, so to speak,
a connecting link between the Past and the
Present, between the East and the West,
and stands at the cross-roads of historical
and comparative jurisprudence."

Nobushige Hozumi

The New Japanese Civil Code as
Material for the Study of
Comparative Law

Inhaltsverzeichnis

I	Einleitung	5
§ 1	Problemstellung	5
II	Entstehungsgeschichte des japanischen Zivilgesetzbuches	6
§ 2	Erste Stufe (1870 - 1878)	7
§ 3	Zweite Stufe (1879 - 1892)	11
§ 4	Letzte Stufe (1893 - 1898)	23
III	Grundlage der Übernahme	28
§ 5	Ursprung und Geschichte des deutschen Rechtsgeschäftsbegriffs	28
§ 6	Motiv der Übernahme	31
§ 7	Rechtsgeschäftliche Kenntnisse der Redaktionsmitglieder	38
IV	Entstehungsprozeß des japanischen Rechtsgeschäftsbegriffs	41
§ 8	Allgemeines	41
§ 9	Allgemeine Bestimmungen	44
§ 10	Willenserklärung	50
§ 11	Vertretung	63
§ 12	Nichtigkeit und Anfechtung	83
§ 13	Bedingung und Zeitbestimmung	93
V	Schluß	106
§ 14	Ergebnis der Arbeit	106
	Anmerkungen	110
	Literaturverzeichnis	168

I Einleitung

§ 1 Problemstellung

In Japan betrachtet man das Wesen des japanischen Rechtsgeschäftsbegriffs als Entlehnung aus dem deutschen Recht (die herrschende Meinung). ¹⁾ Auch wenn mehrere Forscher behaupten, die französischen Elemente hätten für die Entstehung der Vorschriften im japanischen Zivilgesetzbuch eine größere Rolle als die deutschen gespielt, ²⁾ ist der Rechtsgeschäftsbegriff in unserem Lande als vom deutschen Recht entscheidend beeinflußt verstanden worden. ³⁾ Die Gelehrten in Japan sind der Ansicht, daß unser Rechtsgeschäftsbegriff eines der typischen Beispiele für Übernahmen aus dem Pandektensystem in Deutschland sei.

Aus welchem Grund ist diese Meinung vertreten worden? Jedenfalls erscheint es mir, daß eine genauere Prüfung fehlt, welche Teile des japanischen Rechtsgeschäftsbegriffs nun wirklich vom deutschen Recht beeinflußt sind und was er bedeutet. Daraufhin sollen in dieser Arbeit Grund und Umfang der Übernahme des Rechtsgeschäftsbegriffs ins japanische Zivilgesetzbuch dargestellt werden, wobei in besonderem Maße auf die Entstehungsgeschichte des japanischen Zivilgesetzbuches (II), die Grundlage der Übernahme des japanischen Rechtsgeschäftsbegriffs (III) und auf dessen Entstehungsprozeß (IV) einzugehen sein wird. Das Ergebnis könnte von der herrschenden Meinung abweichen. Ich hoffe, daß es nützlich ist, zur Rechtsvergleichung in Deutschland meine Arbeit heranzuziehen. Dazu beizutragen ist auch eines der Ziele meiner Arbeit.

II Entstehungsgeschichte des japanischen Zivilgesetzbuches

Der Grund für die Kodifikation des modernen Zivilgesetzbuches lag darin, daß das Tokugawa-Shogunat, das Anfang des 17. Jahrhunderts Japan von der übrigen Welt abgeschlossen hatte, gestürzt wurde und die Meiji-Regierung sich unter dem Kaiser nach der über 200-jährigen Isolierung bemühte, auf geistigem und technischem Gebiet den Anschluß an fortschrittliche Länder zu finden. Dafür war es notwendig, eine staatliche Neuordnung zu schaffen. Zu dieser Neuordnung mußte auch ein neues Recht gehören, mit dem Japan den Anspruch erheben konnte, als ein neuzeitlicher Staat angesehen zu werden. Die moderne Kodifikation in Japan war daher eine Teilerscheinung der unter der Meiji-Regierung einsetzenden Modernisierung Japans.

Auf das Ganze gesehen, kann die Entstehungsgeschichte in drei¹⁾ Stufen eingeteilt werden.

- (1) Erste Stufe (1870 - 1878)
- (2) Zweite Stufe (1879 - 1892)
- (3) Letzte Stufe (1893 - 1898)

§ 2 Erste Stufe (1870 - 1878)

Im September 1870, nur kurz nach dem Zusammenbruch des Tokugawa-Shogunats und nur ein Jahr nach der Rückgabe seiner Herrschaft an den Kaiser, hat die Meiji-Regierung mit der Arbeit an einem Zivilgesetzbuch begonnen. Die Dringlichkeit, ein Zivilgesetzbuch zu schreiben, war die Folge inländischen und ausländischen Drucks. Innerhalb Japans war die Regierung unter Druck, da eine einheitliche Sammlung von Gesetzen, von der eine einigende Wirkung auf das ganze Land erwartet wurde, notwendig war. Denn die einzigen Gesetze, die während der frühen Meiji-Periode Anwendung fanden, waren eine Anzahl verschiedener Bestimmungen, die während der Tokugawa-Periode von den 270 damals existierenden Domänen zusammengesetzt und geltend gemacht worden waren. In Anbetracht der Tatsache, daß die Meiji-Regierung bemüht war, eine zentralisierte Regierungsform vorzustellen und versuchte, Japans industrielles und militärisches Potential aufzubauen, mit dem Ziel, Japan unter die Weltmächte einzureihen, war es selbstverständlich, daß ein in ganz Japan gültiges Gesetzbuch eine der ersten Bestrebungen der Regierung sein sollte. Der von außen her auf Japan ausgeübte Druck machte auch die Zusammenstellung des Zivilgesetzbuches zu einer dringenden Angelegenheit. Das Zivilgesetzbuch war Bestandteil der Bemühungen Japans, die inländische Lage zu ordnen und somit die Voraussetzungen für die Einrichtung eines Parlaments zu schaffen. Man hoffte, dadurch die ungleichen Verträge mit ihren erniedrigenden Bestimmungen über ausländische konsularische Jurisdiktion loszukommen. 2)

Im Hinblick auf die Bedeutung ausländischer Gesetzgebung als Basis für die Bearbeiter des Zivilgesetzbuches und anderer neuer Gesetz-

gebung, ist es angebracht, den Namen von Rinsho Mizukuri hier zu nennen, einem Regierungsbeamten, der bekannt dafür war, daß er den japanischen Gesetzesverfassern ausländische Rechtswissenschaft zugänglich machte. Mizukuri war 1867 in der Begleitung des Tokugawa- Vize-Ministers für Zivilangelegenheiten nach Frankreich gefahren und nach seiner Rückkehr 1869 mit der Übersetzung von einer Anzahl französischer Gesetze beauftragt worden, unter anderem dem französischen Strafrecht, Code civil und Handelsgesetzbuch und der Zivilprozeßordnung. Sein Auftrag, welcher von Anfang an nicht leicht war, wurde noch mehr erschwert durch die Notwendigkeit, im Japanischen Fachausdrücke zu schaffen, die solchen juristischen Ausdrücken, wie "Mobilien", "Grundbesitz", "Aufrechnung" und "Verfassung" entsprachen. Für Ausdrücke wie "Rechte und Pflichten" war es sogar nötig, aus der chinesischen Übersetzung eines Werks über Völkerrechte Entsprechendes auszuleihen. Die Übersetzung des französischen Ausdrucks "droit civil" ins Japanische war auch ein besonderes Problem, wahrscheinlich weil es hieß, daß der entsprechende japanische Ausdruck "Minken", der von Mizukuri geschaffen worden war, von Mitgliedern des ersten Zivilgesetzbuch-Komitees mit der Begründung zurückgewiesen wurde, daß die gewöhnlichen Bürger keinerlei Rechte haben sollten. 3)

Die ersten Versuche, ein Zivilgesetzbuch zusammenzustellen, waren mit Shimpei Eto verbunden. Eto war, noch während er Leiter des Amts für Justiz war, Vorsitzender des ersten Zivilgesetzbuch-Komitees. Dieses Zivilgesetzbuch-Komitee, welches von September 1870 bis Juli 1871 bestand, richtete unter seiner Leitung die Aufmerksamkeit auf das, was man kaum mehr als eine Übersetzung des französischen Code civil bezeichnen kann. Obwohl das Komitee schließlich bestimmte Abschnitte

des Gesetzes so ergänzte, daß sie sich den japanischen Verhältnissen anpaßten, gibt es keine Berichte darüber, was mit diesem Teil der Gesetzgebung geschah, nachdem sich das Amt für Justiz im August 1871 mit der Linken Kammer zusammenschloß. Es scheint jedoch, daß die Ausarbeitung eines Zivilgesetzbuches von der Linken Kammer im Zusammenhang mit Etos daraufhin erfolgter Ernennung zum Vize-Vorsitzenden dieser Kammer fortgeführt wurde. Wie auch immer das Ergebnis dieser anfänglichen Bemühungen war, gabe es noch zwei zusätzliche, aber genauso erfolglose Gesetzentwürfe, welche auch eng mit Etos Namen verbunden waren. Einer dieser Entwürfe, fertiggestellt im Juli 1872, kam von der Meihoryo-Schule für Rechtswissenschaft, welche im September 1871 aufgrund von Etos Bemühungen gegründet worden war. Das andere Projekt wurde im Oktober 1872 auf Etos Anweisung hin begonnen, nachdem dieser Justizminister geworden war, da Eto wahrscheinlich mit dem Entwurf, der von der Meihoryo-Schule für Rechtswissenschaft gefertigt worden war, nicht zufrieden gewesen war. Unter denen, die an diesem dritten Entwurf beteiligt waren, waren Hideyo Kusuka, der Direktor der Meihoryo-Schule und G. Bousquet, der Kusuda bei dem erfolglosen Meihoryo-Entwurf beraten hatte. Wie schon bei den ersten Bemühungen des Amts für Justiz war wieder Mizukuris Übersetzung des französischen Code civil der Ausgangspunkt für die Bearbeitung. Nach seiner Fertigstellung kam der Entwurf vor die Mittlere Kammer, wurde niemals Gesetz. 4)

Der nächste, vierte Versuch, ein Zivilgesetzbuch zusammenzustellen, wurde 1873 unter der Führung von Takato Oki unternommen, nachdem er als Justizminister an die Stelle von Eto getreten war. Die Ausarbeitung des Gesetzentwurfs begann innerhalb der Linken Kammer und wurde nach der Entstaatlichung der Linken Kammer 1875 im Justizministerium fortgeführt.

Während dieser Zeit schickte Oki das Gesetzkomitee in alle Teile Japans, um Angaben über Gewohnheitsrechte zu sammeln. Die Erkenntnisse des Komitees wurden dann in zwei Büchern veröffentlicht: "Minji Kanrei Ruishu" (1877 - Gesammelte Werke über Bürgerliches Gewohnheitsrecht) und "Zen-koku Minji Kanrei Ruishu" (1880 - Gesammelte Werke über Bürgerliches Gewohnheitsrecht in ganz Japan). Durch Oki's Bemühungen wurde der erste Entwurf eines Zivilgesetzbuches 1878 fertiggestellt. Auch dieser Entwurf war praktisch eine direkte Übersetzung des französischen Gesetzbuches und außerdem unzulänglich. 5)

§ 3 Zweite Stufe (1879 - 1892)

Mit der Berufung G. Boissonades als Instrukteur für das japanische Justizministerium und seiner Bearbeitung eines Entwurfs zum japanischen Zivilgesetzbuch begann die zweite Stufe. Boissonade hatte vor seiner Tätigkeit in Japan als Professor (professeur agrégé) an der Juristischen Fakultät der Universität Paris Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre⁶⁾ gelesen. In Japan hielt er im juristischen Lehrstuhl des Justizministeriums, wo schon seit 1872 sein Landsmann Bousquet lehrte, Vorlesungen, hauptsächlich über das französische Recht. Durch ihn hoffte die japanische Regierung eine vollständige Kodifizierung unter Berücksichtigung mehrerer ausländischer Rechtssysteme erreichen zu können. In seinem Entwurf zum japanischen Zivilgesetzbuch ist eine Blütezeit⁷⁾ des naturrechtlichen Gedankens in Japan zu erkennen.

Oki setzte im Januar 1880 ein anderes Komitee ein, machte sich zu dessen Vorstand und begann mit der Arbeit am Buch, das als das Alte Zivilgesetzbuch bekannt werden sollte. Nach der in Japan üblichen Anschauung ist dieses synonym mit dem Boissonade-Entwurf (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon). Das Neue Zivilgesetzbuch bedeutet dabei ein Gesetz, das 1898 endgültig in Kraft getreten war. Für dieses Vorhaben wurde speziell das Zivilgesetzbuch-Ausarbeitungsbüro gegründet. Die Arbeit des Gesetzkomitees wurde dann mit der Anweisung, den Entwurf unter der Obhut von Boissonade vorzubereiten, an verschiedene Gruppen des Komitees verteilt und die Übersetzungsarbeit dieses Entwurfs ins Japanische an Mizukuri übertragen. Die Pläne für das Gesetz erforderten fünf separate Bücher über:

2. Vermögen,
3. Erwerb von Vermögen,
4. Pfandrecht,
5. Beweis.

Bis März 1886 gelang es Oki, Teile des Gesetzbuches über Eigentum, bürgerliche Freiheiten und Erwerb von speziellen Titeln dem Kabinett zur Prüfung vorzulegen. Zur gleichen Zeit, als diese Auszüge des Gesetzbuches dem Kabinett vorgelegt wurden, wurde das Zivilgesetzbuch-Ausarbeitungsbüro abgeschafft.⁸⁾

Seine Aufgaben bezüglich des Gesetzentwurfs wurden einem Komitee innerhalb des Justizministeriums übertragen, wo die Arbeit am Gesetzbuch über Personen fortgeführt wurde. Das Komitee des Justizministeriums wurde jedoch im Frühjahr 1887 zeitweise in seiner Arbeit unterbrochen, weil das Außenministerium die Arbeit des Gesetzkomitees übernahm. Der plötzliche Wechsel erfolgte, weil Deutschland und England forderten, daß Japan Zivil-, Straf- und Handelsgesetze nach westlichen Maßstäben erlassen sollte. Dafür sollten die völkerrechtlichen Verträge umgearbeitet werden. Weil aber diese Überarbeitung auf unbestimmte Zeit aufgeschoben wurde, wurde das Zivilgesetzbuch-Komitee im November 1887 wieder im Justizministerium eingerichtet. Das neue Komitee wurde von Justizminister Akiyoshi Yamada geleitet. Die Mitglieder waren entweder Senatoren oder Richter. Neben diesem Komitee wurde ein kleineres Komitee geschaffen, das die Aufgabe hatte, eine vorbereitende Prüfung des Gesetzbuches vorzunehmen. Bei der Beratung über das Gesetz war es keinem der ausländischen Juristen, die das Gesetz entwarfen, erlaubt, teilzunehmen.⁹⁾

Das Zivilgesetzbuch, welches Yamadas Komitee überprüfte, bestand aus dem Buch über Vermögen und einem Teil des Buches über den Erwerb von Vermögen und den beiden Büchern über das Pfandrecht und den Beweis. Die Beratungen des Komitees dauerten von Dezember 1887 bis September 1888. Hinsichtlich des Buches über den Beweis mußte der Zeitraum der Überarbeitung verlängert werden. Nach Beendigung der Arbeit des Komitees wurden die einzelnen Gesetzbücher im Dezember 1888 dem Premierminister vorgelegt, anschließend dem Senat und dem Staatsrat. Diese Gesetzbücher (der Boissonade-Entwurf oder das Alte Zivilgesetzbuch) wurden im April 1890 bekanntgemacht und sollten am 1. Januar 1893 in Kraft treten. Außer den oben genannten Büchern waren noch zwei Teile des Gesetzbuches übrig. Das eine war das Buch über Personen und das andere behandelte allgemeine Titel bzw. den restlichen Teil des Buches über den Erwerb von Vermögen. Diese zwei Teile des Gesetzbuches waren dem Gesetzentwurf nicht beigelegt, als dieser dem Kabinett nach der Auflösung des Zivilgesetzbuch-Ausarbeitungsbüros 1886 vorgelegt wurde. Sie waren erst später vom vorläufigen Prüfungskomitee, welches unter Yamadas Gesetzkomitee 1887 gegründet wurde, vorbereitet worden. Die Bearbeiter der zwei unbeeendeten Teile des Gesetzbuches waren Japaner, Umezo Kumano, Shiro Isobe, wie es von Anfang an vorgesehen war. Obwohl allgemein angenommen wird, daß Boissonade mit diesem endgültigen Entwurf des Gesetzbuches nichts zu tun hatte, scheint es doch einige Anzeichen zu geben, daß er bei der Ausarbeitung half. Beide, das Buch über Personen und der Teil über allgemeine Titel waren in ihrer Entwurfsform recht progressiv, indem sie das französische und andere moderne Gesetz Europas berücksichtigten. Obwohl der traditionelle japanische Titel und Rang "Haushaltsvorstand" im Buch über Personen erhalten blieb, war der Rang nicht mit irgendwelchen Rechten oder

Pflichten verbunden. ¹⁰⁾ Das Buch über Personen wie auch der Teil über allgemeine Titel waren höchstwahrscheinlich von Boissonade überprüft worden, aber auch wenn dies nicht der Fall gewesen sein sollte, scheint es, daß diese fortschrittlichen Bestimmungen in seinem Sinne formuliert wurden. ¹¹⁾

Jedoch zu der Zeit, als diese progressiven Bestimmungen Yamadas Gesetzkomitee und den Senat durchlaufen hatten, war ihr gesamter Inhalt wesentlich konservativer geworden. Sogar bevor sie den Senat erreichten, waren die Bestimmungen bezüglich der Rechte des Haushaltsvorstands, das gesamte Vermögen zu bekommen, so gründlich überarbeitet, daß keine weitere Durchsicht gemacht wurde, auch nicht im endgültigen Entwurf. Vom Senat wurden die beiden übrigen Teile des Gesetzes dann an den Staatsrat geschickt, wo sie endlich gebilligt wurden und schließlich im Oktober 1890 zur Bekanntgabe freigegeben wurden, zusammen mit der Strafprozeßordnung. Die Bekanntgabe der restlichen Teile des Gesetzbuches wurde erst nach der Bekanntmachung der Zivilprozeßordnung, des Handelsgesetzbuches und anderer neuer Gesetze und unmittelbar vor der ersten Zusammenkunft des Parlaments vorgenommen. ¹²⁾

Die Bekanntgabe des Zivilgesetzbuches war kein ganz so glückliches Ereignis, wie man annehmen sollte, in Anbetracht der Tatsache, daß über verschiedenen Versuchen, solch ein Gesetzbuch zu schaffen, zwei Jahrzehnte vergangen waren. Der Grund für das Fehlschlagen des Gesetzbuches war der, daß mehrere Jahre vor der Bekanntgabe eine allgemeine Unterströmung nationaler Reaktionen wider die Verwestlichung Japans aufgekommen war und mehr noch, gerade der Inhalt des Gesetzbuches selbst war Gegenstand einer Debatte zwischen verschiedenen rechts-

wissenschaftlichen Schulen. ¹³⁾ Die ultranationale Reaktion wurde durch Leute wie Shigeki Nishimura, Setsurei Miyake und Tateki Tani unterstützt. Seit 1886 hatte Nishimura Vorlesungen gegen die Einführung westlichen Wissens gehalten, denn seiner Ansicht nach würde das Annehmen dieses Wissens in unveränderter Form die Zerstörung der Grundzüge japanischer Moral mit sich bringen. Miyake hatte überpatriotische und konservative Gedanken durch die Zeitschrift "Nihonjin" (Japaner), welche er 1888 gründete, verbreiten lassen. Und Tani, der damalige Minister für Landwirtschaft und Handel, ist bekannt für seine heftige Kritik am Vertrauen der Regierung gegenüber Ausländern, die über Japans Geschichte und Regierungsform unkundig waren und bei der Überarbeitung von Japans Gesetzgebung halfen. Tani betrachtete eine solche Einmischung von Ausländern als Verletzung von Japans Souveränität. Während diese und andere Chauvinisten eine geeignete Atmosphäre für die bevorstehende Streitfrage über das neue Gesetzbuch schufen, formten die japanischen Juristen in staatlichem wie auch privatem Dienst aufgrund ihrer parteilichen Zugehörigkeit zu der französischen bzw. englischen Schule die Gesetzgebung in eine politische Streitfrage um. Die Anhänger des französischen Gesetzes, die mit der Regierung verbunden waren, hatten ihren Sitz im Justizministerium und in der Meihoryo-Schule für Rechtswissenschaft. Seitdem Mizukuri Beamter geworden war, hatte das Justizministerium eine Orientierung zum französischen Gesetz gehabt, und es war die französische Gesetzpartei im Justizministerium, die das Alte Zivilgesetzbuch zusammengestellt hatte. Die Anhänger des englischen Gesetzes, die mit der Regierung verbunden waren, wurden ursprünglich unter der Regierung von der Kaisei-Schule angetroffen, obwohl sie später mit der Universität Tokyo, welche der Kaisei-Schule 1877 nachfolgte, identifiziert wurden. 1886

wurde die Universität Tokyo als die Kaiserliche Universität Tokyo bekannt. Englische Rechtswissenschaft blieb bei der Universität Tokyo weiterhin hoch im Ansehen, sogar nachdem die französische Gesetzpartei, die früher mit der Meihoryo-Schule für Rechtswissenschaft verbunden war, mit der Juristischen Fakultät der Universität Tokyo 1885 vereinigt worden war. Bezüglich der deutschen Rechtswissenschaft, welche zuerst bei der Universität Tokyo im Jahre 1887 gelehrt wurde, ist zu sagen, daß sie nur wenig Einfluß auf die japanischen Juristen hatte. Neben der parteilichen Spaltung unter den Juristen im Staatsdienst, gab es auch eine Spaltung bei den Schülern der Rechtswissenschaft in den privaten Fachhochschulen. Die Befürchtung der Anhänger des englischen Gesetzes, daß das Inkrafttreten des französisch orientierten Alten Zivilgesetzbuches in Japan den Sieg der französischen rechtswissenschaftlichen Schulen über die englischen historischen Schulen bedeute und somit dem Einfluß der englischen Rechtswissenschaft zum Verhängnis werden könnte, verursachte große Aufregung bei den Anhängern beider Gesetzesrichtungen. Darum war die Bekanntgabe und Inkraftsetzung des Alten Zivilgesetzbuches für die englische Schule eine Sache auf Leben und Tod. Als die Opposition dieser Partei wider die Inkraftsetzung des Gesetzbuches an die Öffentlichkeit drang, rief das eine Art Kettenreaktion, eine sofortige und hitzige akademische Kontroverse hervor. Das hatte ein Bündnis zur Folge zwischen den Reaktionären und der Partei, die auf der einen Seite den Zeitpunkt der Inkraftsetzung des Gesetzbuches verschoben haben wollte und auf der anderen Seite ein Bündnis zwischen den Progressiven und der Partei, die nach sofortiger Inkraftsetzung verlangte. 14)

Der Funke, der die Zivilgesetzbuch-Kontroverse auslöste, war ein

Jahr vor der Bekanntgabe des Alten Zivilgesetzbuches von der Gesellschaft der Juristen ausgelöst worden. Diese Gesellschaft, welche aus einer Gruppe von Anhängern der englischen Rechtswissenschaft bestand, provozierte im Mai 1889 durch die Veröffentlichung ihres "Berichts der Ansichten über die Zusammenstellung der Gesetzbücher" die Auseinandersetzung. Mit einem Hauch von akademischer Unbeschwertheit geschrieben, verlangte der "Bericht" nach ernsthafter Betrachtung der neuen Gesetzbücher, da im Gegensatz zu den europäischen Gesetzbüchern diese allgemein eine Zusammenstellung von modernen Gesetzen mit wenig Verbindung zu üblichen japanischen Gesetzesanwendungen waren. Darüber hinaus wurde bemängelt, daß die Gesetzbücher nicht auf einem konsequenten Prinzip beruhten, ein Mangel, der darauf zurückgeführt wurde, daß deutsche Juristen den ursprünglichen Entwurf des Alten Handelsgesetzes und der Zivilprozeßordnung vorbereitet hatten, während französische Juristen den ersten Entwurf des Alten Zivilgesetzbuches ausgearbeitet hatten. Der "Bericht" verlangte darum, daß, anstatt die neuen Gesetzbücher schnellstens in Kraft treten zu lassen, spezielle Gesetze nur dort erlassen werden sollten, wo sie gebraucht wurden und die Fertigstellung der einzelnen Gesetzbücher verschoben werden sollte, bis sich die öffentliche Aufregung gelegt habe. Der "Bericht" schlug vor, daß in der Zwischenzeit die verschiedenen Gesetzbücher der Öffentlichkeit zur umfassenden Kritik und Überarbeitung bekanntgegeben werden sollten. Die Opposition des "Berichts" wider die Gesetze war nicht einfach dadurch veranlaßt, daß die Juristen der englischen Tradition angehörten, sie war dazu da, die Inkraftsetzung der Gesetze zu verschieben und die Regierung zu einer vorsichtigeren und überlegteren Einstellung gegenüber der neuen Gesetzgebung zu veranlassen. Aber wegen der verborgenen Feindschaft zwischen den Parteien des französischen und englischen Gesetzes gab dieser "Bericht" Anstoß zu einem hitzigen polemischen Wortwechsel. Seitdem festgesetzt wurde, das Alte Handels-

gesetzbuch, das der Bekanntgabe des Alten Zivilgesetzbuches um mehrere Monate vorausging, im Januar 1891 rechtswirksam werden zu lassen, richteten die feindseligen Parteien ihre Aufmerksamkeit und Auseinandersetzungen auf das Für und Wider der Verschiebung des Zeitpunkts der Inkraftsetzung des Alten Handelsgesetzbuches. Der erste Sieg in dieser Auseinandersetzung wurde von den Verfechtern für einen Aufschub gewonnen, als das Parlament im Dezember 1890 dafür stimmte, den Zeitpunkt der Inkraftsetzung bis 1893 zu verschieben. Jedoch die Entscheidung des Parlaments wirkte wie Wasser auf die Mühle, und der Streit wurde noch intensiver. Von den vielen hitzigen Wortgefechten zwischen den streitenden Parteien sollte Yatsuka Hozumis berühmten Artikel, der im August 1891 erschien, Beachtung geschenkt werden. ¹⁵⁾ Jedoch die Kontroversen über das Gesetzbuch erreichten ihren Höhepunkt erst ein halbes Jahr bevor das Alte Handelsgesetzbuch bestimmt war, in Kraft zu treten. Erst dann wurden die Grundideen der zwei Gruppen in den akademischen Zeitschriften und in verschiedenen anderen Veröffentlichungen umrissen. Tatsuo Kishimoto und sieben andere Juristen befürworteten die sofortige Inkraftsetzung der Gesetzbücher. Sie benutzten das "Hochi Kyokai Zasshi" (Journal des Verbands für konstitutionelle Regierung) vom 11. Mai 1892, um ihre Ansichten zu verbreiten, daß eine Verzögerung des Zeitpunkts der Inkraftsetzung folgendes auslösen würde:

1. Aufruhr in die Nation zu bringen,
2. Japans Ethik zu zerstören,
3. die Souveränität der Nation in Gefahr und den Verlust der nationalen Unabhängigkeit zu bringen,
4. die Inkraftsetzung der Verfassung zu gefährden,

5. auf die legislative Macht zu verzichten,
6. den Einzelnen des Schutzes seiner Rechte zu berauben,
7. Verwirrung in zivilrechtliche Verfahren zu bringen,
8. zu veranlassen, daß der Einzelne Sicherheit und Unterhalt verlieren würde,
9. die Wirtschaft zu zerütten.

Diese Beschuldigungen wurden jedoch sofort Punkt für Punkt von der "Hogaku Shinpo" (Neue Juristische Zeitschrift) vom 25. Mai 1892 widerlegt. Von den Kritiken, die gemacht wurden, seien erwähnt: "Betrachtungen über die Aufschiebung der Inkraftsetzung der Gesetzbücher."

Diese wurden von den Mitgliedern des Tokyo Hogaku In (Verein für Rechtswissenschaft in Tokyo) verfaßt. Die "Betrachtungen", welche an die führenden politischen Persönlichkeiten der damaligen Zeit verteilt wurden, warfen vor, daß die neuen Gesetzbücher:

1. Moral und bürgerliche Ethik untergruben,
2. die Verordnungsmacht der Konstitution verringerten,
3. die Grundsätze des Staatshaushalts verletzten,
4. die nationale Ideologie vermissen ließen,
5. die Wirtschaft zerrütteten,
6. die ursprüngliche Besteuerung änderten,
7. akademische Theorien gewaltsam geltend machten.

Diese Kritik wurde nicht nur von Boissonade, sondern auch von Kenjiro Ume und verschiedenen anderen Juristen widerlegt. Ohne jedoch weitere Details anzuführen, genügt es zu sagen, daß diese polemischen Wortwechsel der Gegner sehr emotionell geladen waren. 16)

Gleich wie man über die Kontroverse denkt, ist es keine Frage, daß das Zivilgesetzbuch technisch als Gesetzbuch unzulänglich war und sogar Masaaki Tomii, ein Anhänger der französischen Schule, war aus akademischen Gründen gegen die Inkraftsetzung des Alten Zivilgesetzbuches. Im einzelnen auf die Nachteile des Gesetzbuches hinweisend, wurde im allgemeinen angeführt:

1. daß es häufig japanische Tradition und Sitten verletzte,
2. daß es vom Standpunkt rechtswissenschaftlicher Theorie aus aufgrund des unbegrenzten Vertrauens auf französische und italienische Rechtstheorien, fehlerhaft war,
3. daß es sich überschchnitt und widersprach mit dem Alten Handelsgesetzbuch, da keines der beiden Gesetzbücher von den selben Personen bearbeitet worden war und da deutsche, mehr als französische Rechtswissenschaftler die Orientierung für das Alte Handelsgesetzbuch gegeben hatten,
4. daß es einen ausgesprochen schwierigen Text mit häufigen Verdoppelungen, Widersprüchen und Auslassungen hatte, da jede bestimmte Angelegenheit mit gesonderten Bestimmungen bedacht war, anstatt Bestimmungen allgemeiner Art zu geben,
5. daß es nicht die Grenzen zwischen formellen und materiellen Gesetzen beachtete und enthielt somit unzählige Bestimmungen über öffentliches Recht und Verfahrensrecht,
6. daß es nicht den Eindruck eines Gesetzbuches machte, da unnötige Definitionen, Erklärungen, Zitate, etc. den Text entstellten hatten,
7. daß es mehr eine Übersetzung als eine eigenständige Arbeit war.

Diese sieben Punkte, welche eine genaue Beurteilung des Gesetzbuches darstellten, trafen besonders hinsichtlich der Teile, die von Boissonade entworfen waren, zu. Abgesehen von der Meinungsverschiedenheit, ob die Gesetzbücher sofort in Kraft treten sollten oder nicht, wurde der Streit an einem Punkt zu einer Streitfrage zwischen den progressiven und reaktionären Mächten. Dieser Aspekt der Kontroverse ergab sich, als das Gesetzkomitee von Yamada angeführt, eine konservative Überarbeitung des umstrittenen Buches über Personen und die Bestimmungen über das Erbrecht vornahm. Diese beiden Teile des Gesetzes und bestimmte andere waren von Boissonade entworfen worden. Sie waren ursprünglich recht fortschrittlichen Geists, da der französische Jurist beabsichtigte, Japan ein auf naturrechtlichen Konzepten begründetes Zivilrecht vorzustellen - ein Recht und Gesetz, das zu einer modernen zivilisierten Nation passen würde. Als Ergebnis der Änderungen des Yamada-Komitees und weiterer Änderungen, die später vom Senat vorgenommen worden waren, wurde der Streit über das Gesetzbuch darum augenblicklich zu einem Konflikt zwischen Konservativen und Progressiven. Diese plötzliche Änderung der Auseinandersetzung sollte jedoch nicht zum voreiligen Schluß verleiten, daß das Alte Zivilgesetzbuch im großen und ganzen fortschrittlich war. 17)

Im Laufe der Auseinandersetzung schlug Tamotsu Murata, ein Mitglied des Oberhauses, im Mai 1892 dem Parlament vor, daß das Inkrafttreten beider Bücher, des Zivilgesetzbuches und des Handelsgesetzbuches, bis 1896 aufgeschoben werden sollte. Nach zwei Tagen weiterer Debatten über die Streitfrage im Oberhaus wurde dem Vorschlag schließlich mit überwältigender Mehrheit zugestimmt. Es ist interessant zu wissen, daß Tani und andere Konservative den Aufschub während der Debatte über Muratas Vorschlag befürworteten und Tomii trotz seiner

Zugehörigkeit zu der französischen Schule auch dem Aufschub aus akademischen Gründen zustimmte. Als der Vorschlag dem Unterhaus zugeschickt wurde, wurde dort von einem Teil der Befürworter der Inkraftsetzung der Versuch unternommen, nur das Buch über Personen und die strittigen Bestimmungen im Buch über den Erwerb von Vermögen auszuschieben. Aber die Befürworter des Aufschubs hatten genügend Einfluß, einen Mehrheitsbeschluß zugunsten des Aufschubs der beiden Gesetzbücher zu erreichen, wie es vom Oberhaus befürwortet worden war. Zu diesem Zeitpunkt legte der Justizminister Fujiro Tanaka sein Amt nieder. Aber nachdem ein Komitee unter der Leitung von Kimmochi Saionji beide Gesetzbücher geprüft hatte und auch für einen Aufschub des Inkrafttretens gestimmt hatte, wurde die Inkraftsetzung der zwei Gesetzbücher offiziell bis 1896 verschoben. 18)

§ 4 Letzte Stufe (1893 - 1898)

Als Folge des Aufschubs des Inkrafttretens der Gesetzbücher setzte im April 1893 die Regierung die Redaktionskommission ein, mit dem Ziel, die beiden Teile der Gesetzgebung zu überarbeiten. Premierminister Hirobumi Ito und Saionji wurden zum Vorsitzenden bzw. Vize-Vorsitzenden ernannt und Nobushige Hozumi, Tomii und Ume, alles Mitglieder der Juristischen Fakultät der Kaiserlichen Universität Tokyo, wurden beauftragt, die Revision vorzubereiten. Zunächst wurde eine Anzahl von Geschäftsleuten in die Mitgliedschaft des endgültigen Revisionsausschusses aufgenommen, aber sie wurden später, als der Ausschuß neu organisiert wurde, wieder ausgeschlossen. 19)

Bevor jedoch mit der Revision begonnen wurde, vereinbarte die Kommission bei einem Zusammentreffen im voraus eine allgemeine Zielsetzung zur Durchführung der Prüfung. Im Zusammenhang mit ihrer Entscheidung schlossen die Hauptziele der Revision eine bestimmte Neuordnung des Inhalts des Alten Zivilgesetzbuches ein. Ebenso das Entfallen von Verdoppelungen in den beiden Gesetzbüchern, das Fortlassen überflüssiger Zitate und die Vereinfachung der gesetzlichen Terminologie. Um Komplikationen zu vermeiden, die sich zu einem späteren Zeitpunkt des Revisionsorgangs ergeben könnten, erreichten die Mitglieder der Redaktionskommission eine Entscheidung der endgültigen Revision bezüglich einer Anzahl von Punkten, die von besonderer Bedeutung für das Gesetzbuch waren. Kurz zusammengefaßt, wurde der Entwurfskommission die Vollmacht gegeben:

1. die Auswirkung des Gewohnheitsrechts und der feststehenden Gewohnheiten zu erkennen,

2. die Bestimmungen über natürliche Obliegenheiten, das Recht der Nutznießung, Nutzung und das Hausrecht entfallen zu lassen,
3. die Definition von Dingen auf materielle zu begrenzen und den Anwendungsbereich der Sachenrechte auf solche, die vom Gesetz besonders angeführt sind, zu beschränken,
4. Erbbaurecht und Erbpachtrecht in Sachenrechte umzuändern,
5. Mietrecht, welches im Alten Zivilgesetzbuch als Sachenrecht galt, in Schuldrecht umzuändern,
6. Gemeinschaftsrecht (Iriaiken) einzuführen. 20)

Die Kommission begann ihre Prüfung im Mai 1893. Sie entschied über jedes Buch des Alten Zivilgesetzbuches einzeln und bis April 1896 waren drei Bücher (Allgemeiner Teil, Sachenrecht und Schuldrecht) überarbeitet und verkündet worden. Aber die übrigen zwei Bücher (Verwandtschaft und Erbfolge) bedurften noch weiterer Revision. Darum bewilligte das Parlament ein Gesetz, das der Kommission noch weitere 18 Monate zur Beendigung ihrer Arbeit gestattete. Im Mai 1898, nachdem diese beiden Bücher fertiggestellt waren, stellte Ume, der Vertreter der Regierungskommission, diese beiden Bücher dem Unterhaus vor, um sie zu erklären. Er betonte, daß bei der Überarbeitung des Alten Zivilgesetzbuches traditionelle japanische Einrichtungen und Handhabungen berücksichtigt worden waren. Er betonte nachdrücklich die Notwendigkeit, die übrigen Teile des Gesetzbuches im Sinne der Vertragsrevision zu verfassen. Das Parlament nahm nur kleinere Änderungen an den beiden Büchern vor und verkündete sie dann im Juni 1898. Im nachfolgenden Monat traten alle fünf Bücher in Kraft. 21)

Im Gegensatz zum Alten Zivilgesetzbuch scheint das Neue Zivil-

gesetzbuch das Wohnheitsrecht stärker berücksichtigt zu haben, vor allem in den Bestimmungen bezüglich Verwandtschaft und Erbfolge. Das Neue Gesetzbuch übernahm im allgemeinen das Konzept des 19. Jahrhunderts in Bezug auf Individualismus mit seinen drei Grundprinzipien, des unbeschränkten Eigentums, der Vertragsfreiheit und der Verantwortung für Fahrlässigkeit. Das Neue Gesetzbuch schloß z. B. die strengen Sachenrechte (Nutznießung, Nutzung und Hausrecht) des Alten Gesetzbuches aus, die im Gegensatz zum Konzept des unbeschränkten Eigentums standen und es änderte auch das Sachenrecht der Miete in ein Schuldrecht um. Außer auf das Wohnheitsrecht mehr Rücksicht zu nehmen, wurde auch die modernste ausländische Gesetzgebung in Betracht gezogen. Während das Alte Zivilgesetzbuch seine Bezugsquellen auf das französische und italienische Gesetzbuch begrenzt hatte, wofür es heftig kritisiert worden war, zog das Neue Gesetzbuch Vorteile aus den Zivilgesetzbüchern von Holland, Österreich, Sachsen, Spanien, Zürich, Belgien, Rußland, Montenegro, Portugal und Kalifornien. Auch Bezugsquellen waren das schweizerische Obligationenrecht, die besonderen Gesetze Englands und das indische Gesetz über Verträge. Aber von größtem Wert für das Neue Gesetzbuch waren der Code civil Frankreichs und die Entwürfe zum BGB Deutschlands. Die Entwurfskommission machte die Revision für das Neue Zivilgesetzbuch unter dem Einfluß der Entwürfe zum deutschen BGB und anderer moderner Gesetzgebung. Dabei diente ihr als Grundlage das Alte Zivilgesetzbuch mit seinem französischen Einfluß. Aber als damals neuestes Zivilrechtssystem scheinen die beiden Entwürfe zum deutschen BGB den stärksten Einfluß ausgeübt zu haben. 22)

Die Zusammenfügung der verschiedenen Bezugsquellen war das Verdienst der drei namhaften Juristen Ume, Tomii und Hozumi. Da Ume eine Kapazität auf französischer Rechtswissenschaft war und Tomii in der

deutschen wie auch in der französischen Rechtswissenschaft erfahren war, gab es wohl doch gelegentliche Meinungsverschiedenheiten. Aber scheinbar zeigte Hozumi, das älteste Mitglied der Kommission, der ein Fachmann in der englischen Rechtswissenschaft war, die Bereitschaft, Kompromisse zu schließen. Es gelang ihm, die Kommission so vor dem Zerfall aufgrund der Streitereien zu bewahren. 23)

Hozumi, ein Mitglied der Redaktionskommission, sagte:

"The constitution of the Committee, especially that of the Drafting Committee made it clear, that they could not agree to take the law of any one country as an exclusive model upon which to frame the new Code. Prof. Boissonade's Code was principally based upon the French Civil Code, but the framers of the revised Code agreed to collect the codes, statutes, and judicial reports of all civilized countries which existed in the English, French, German or Italian Languages, besides international treaties which have reference to the rules of private law. They accordingly collected more than thirty civil codes, including many drafts, such as the draft of the Civil Code of New York, the draft of the German Code, the drafts of the Belgian Code, besides other codes, statutes, reports and treaties; and comparing the rules or principles which exist in different countries, adopted whatever seemed to be best suited to the requirements of the country. In the original draft which was submitted to the deliberation of the Committee, an explanation was attached to each article, stating the reasons for the adoption of the rule. The corresponding articles or rules which exist in other countries as well as rules, precedents and customs in our own country were also cited for the consideration of the Committee. This method of preparing the draft gave a characteristic fea-

ture to the new Code. The Japanese Civil Code may be said to be a fruit of comparative jurisprudence. At first sight, it may appear that the new Code was very closely modeled upon the new German Civil Code; and I have very often read statements to that effect. It is true that the first and second draft of the German Code furnished very valuable material to the drafting committee and had a great influence upon the deliberations of the Committee. But, on close examination of the principles and rules adopted in the Code, it will appear that they gathered materials from all parts of the civilized world and freely adopted rules or principles from the laws of any country, whenever they saw the advantage of doing so." 24)

III Grundlage der Übernahme

§ 5 Ursprung und Geschichte des deutschen Rechtsgeschäftsbegriffs

Bevor ich auf den Hintergrund der Übernahme des Rechtsgeschäftsbegriffs ins japanische Zivilgesetzbuch eingehe, ist es wegen des besseren Verständnisses angebracht, kurz auf den Entstehungsprozeß des deutschen Rechtsgeschäftsbegriffs hinzuweisen.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts geht auf den der promissio der mittelalterlichen Legisten zurück. Er beginnt damit, daß H. Grotius ihn zur Systemerklärung verwendet. ¹⁾ Gleich nach Grotius findet sich in 1629 veröffentlichten Buch von R. Zouche "Elementa iurisprudentiae definitionibus; regulis et sententiis selectioribus iuris civilis illustrata" auch ein Ausgangspunkt des Rechtsgeschäftsbegriffs. ²⁾ Der Erste aber, der den Rechtsgeschäftsbegriff in der juristischen Literatur gebraucht, ist der Naturrechtler D. Nettelblatt, der in der Tradition C. Wolffs steht. Nettelblatt verwendet den Ausdruck "actus iuridicus" oder "negotium iuridicum". Er definiert:

"Actus iuridicus seu negotium iuridicum
(ein rechtliches Geschäft) est factum hominis licitum quod iura & obligationes concernit. Unde non omnia hominum facta, multo minus omnes hominum actiones, ad actus iuridicos referri possunt; suntque facta hominum licita, sive, quoad iura, de eorum acquisitione, conservatione amissione et prosecutione, sive, quoad obligationes, de obligatione constituenda, corroboranda vel tollenda quaestio sit, actus iuridici. Nec minus omnes et singulos in causarum iustitiae tractatione obvenientes actus huc pertinere facile patet." ³⁾

Das Wort "actus" findet sich zwar schon im römischen Recht: jedoch erst Nettelblatt definierte den Begriff so, wie wir ihn auch heute noch verstehen, nämlich als Anknüpfungspunkt von Rechten und Pflichten. Er weist darüber hinaus dem Begriff auch noch eine Stellung im System des Privatrechts zu und legt damit den Grundstein zum Rechtsgeschäftsbegriff. So hatte das preußische Allgemeine Landrecht als naturrechtliche Kodifikation schon im vierten Titel seines ersten Teils eine ausführliche Lehre von der Willenserklärung, aber ohne das Wort Rechtsgeschäft zu benutzen. ⁴⁾ Dieser Terminus ist von A. D. Weber (Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtliche Wirkung, 1784) Ende des 18. Jahrhunderts in die deutsche Rechtssprache eingeführt worden. ⁵⁾

Derjenige, der den "actus iuridicus" auf den hohen systematischen Stand führt, den er heute einnimmt, war der Begründer der Pandektenrechtswissenschaft, G. A. Heise. Dieser definierte den Begriff der Handlung allgemein, deren Unterbegriff das Rechtsgeschäft ist. Die Grundkategorien der heutigen Rechtsgeschäftslehre wurden schon damals vollständig entwickelt. ⁶⁾ Auch dem Begriff der Willenserklärung, wie er in der Lehre behandelt wird, wurde durch die Rechtsgeschäftslehre eine Stellung zugewiesen, aus der sich die Beziehung des Willenserklärungsbegriffs zum allgemeinen Handlungsbegriff ergibt. Heises Rechtsgeschäftslehre, die durch seinen Ruf als Gelehrter gestützt wurde und viele Anhänger fand, wurde zum wertvollen Gut der deutschen Privatrechtslehre und wurde schließlich in die historische Rechtswissenschaft und in die spätere Pandektenlehre übernommen. ⁷⁾ Der Begriff des Rechtsgeschäfts und seine Systematisierung nehmen in den Pandektenlehrbüchern einen mit der Zeit immer fester werdenden Stand ein. Die Rechtsgeschäftslehre hat ihre klassische Ausprägung durch F. C. von Savigny, der die Termini

"Rechtsgeschäft" und "Willenserklärung" als Synonyma behandelt, in seinem "System des heutigen Römischen Rechts Band III" erfahren. Aus seiner Ausrichtung auf das Willensmoment ist es wohl zu erklären, daß er fast ausschließlich den Terminus "Willenserklärung" gebraucht. ⁸⁾

In die Gesetzgebung wurde der Begriff des Rechtsgeschäfts zum ersten Male aufgenommen, als das sächsische BGB in seinen §§ 88 ff. besondere Rechtssätze über das Rechtsgeschäft aufstellt. Es findet sich hier sogar eine Definition des Rechtsgeschäfts (§ 88):

"Geht bei einer Handlung der Wille darauf, in Übereinstimmung mit den Gesetzen ein Rechtsverhältnis zu begründen, aufzuheben oder zu ändern, so ist die Handlung ein Rechtsgeschäft."

Im ersten Entwurf zum deutschen BGB wurde der Begriff des Rechtsgeschäfts als selbstverständliche, natürliche Frucht der bisherigen Jurisprudenz zwar anerkannt, allein eine Definition wurde nicht verwendet. ⁹⁾ Das japanische Zivilgesetzbuch hat den Begriff im sächsischen BGB und in beiden Entwürfen zum deutschen BGB übernommen.

§ 6 Motiv der Übernahme

Wie schon erwähnt (§ 4), vereinbarte die Redaktionskommission, die die Regierung im April 1893 als Folge des Aufschubs des Inkrafttretens des Alten Zivilgesetzbuches einsetzte, im voraus eine allgemeine Zielsetzung zur Durchführung der Revision. Im Zusammenhang mit dieser Entscheidung schlossen die Hauptziele der Revision eine bestimmte Neuordnung des Inhalts des Alten Zivilgesetzbuches ein. Die bestimmte Neuordnung bedeutete hierbei das Pandektensystem. ¹⁰⁾

"The Civil Code drafted by Prof. Boissonade, which became law but never went into operation, was divided into the following five books; namely, Book I, "Persons"; Book II, "Property in General"; Book III, "Means of Acquiring Property"; Book IV, "Security of Rights in rem"; and Book V, "Evidence". The objections which were raised against this arrangement were many, some from scientific, others from practical, points of view; but it is needless to mention them here. Some will appear when I come to compare it with the arrangement of the new Code. The framers of the latter did not follow the arrangement of the first Code, nor did they adopt the classifications of the French or other codes based upon the Institutes of Justinian.

The new Civil Code is divided into the following five Books, according to the plan which German jurists call "Pandekten-System"; namely, Book I, "General Provisions"; Book II, "Rights in rem"; Book III, "Rights in personam"; Book IV, "Family" and Book V, "Succession". One of the reasons for rejecting the so-called "Institutionen-System", and adopting the "Pandekten-System" was that the latter system of arrangement was peculiarly suited to the present state of law in Japan.

The first Code, following the French Code, had no distinct portion assigned to general rules applicable to all other parts. This system rendered frequent repetition of the same rules necessary in different parts of the Code, thereby making the whole work a voluminous code, containing 1762 articles; while the new Code, following the Saxon Civil Code and then the draft of the German Civil Code, placed at the beginning all the general rules, relating to persons as subjects of rights, to things as objects of rights, and to facts and events by which rights are acquired, lost or transferred. This method of arrangement avoided unnecessary repetitions and made the body of the law succinct; the new Code containing only 1146 articles.

The new Code, besides having a Book devoted to general provisions common to all legal relations, has distinct places set apart for the laws of Family and Succession. In the Code drafted by Prof. Boissonade the law of family was included in Book I relating to "Persons", and the law of succession formed a part of Book III relating to the "Means of Acquiring Property". Now, this arrangement formed one of the strong reasons for postponing the operation of the first Code and reconstructing it on an entirely new basis.

Before the Restoration it was the family, and not the individual, that formed the unit of society. The family was then a corporation; and as a general rule, only the house-head could hold public office or private property, or transact business, all other members of the family being dependent upon him. But since the Restoration, this state of things has changed, and the disintegration of the family is rapidly going on. The family has now ceased to be a corporation in the eyes of law, and the dependent members of the family or the house-members

can hold office or property or transact business equally with its head. Japanese society is now passing from the stage of family-unit to the stage of individual-unit. But still, the family occupies an important place in the social life of the people, and there are many rules which are peculiar to their family relations, and which ought, on that account, to be grouped together and separated from the rules relating to persons regarded simply as individuals. The "Pandekten-System" is peculiarly suited to this transient state of society, for it provides for the rules relating to persons in their capacity as individuals or members of a society in the General Part, and sets apart a distinct place for those rules which relate to persons in their capacity as members of a family. In civilized societies, the rules which regard men as individuals belong to general law, while those which regard men in their family relations belong to particular law. But in less civilized communities, the case is just the reverse; the family law may be said to form the general law, the law relating to persons in their individual capacity falling under the category of particular law. Japan is now in a transition stage; so that the placing of the rules relating to individuals in the general part, and the rules relating to family relations in the particular part of the Code is, not only logically correct, but is especially suited to the present state of the Japan law. " 11)

Außer den Gründen für die Aufnahme des Pandektensystems, die Hozumi hier ausdrücklich beschrieben hat, ist noch wesentlicher, daß er das Rechtssystem in Deutschland überschwenglich lobte und nachdrücklich darauf hinwies, daß er es für notwendig hielt, das deutsche Recht in Japan einzuführen.

"Während meines Aufenthalts in Deutschland habe ich vor allem zwei

Eindrücke gehabt. Erstens hat Deutschland die größte Fortschritte in der Jurisprudenz unter den zivilisierten Staaten gemacht. Die Anzahl der Universitäten, der Gelehrten und der Bibliotheken ist mit der in Europa und Amerika nicht zu vergleichen. Auch wenn ich es für nützlich halte, Vorteile des englischen und französischen Rechts aufzunehmen, meine ich aber, daß wir in unserer Rechtswissenschaft mit der Welt nicht mehr fortschreiten könnten, wenn wir in Zukunft die deutsche Rechtswissenschaft in Japan nicht einführen sollten. Zweitens ... sind diese Gesetze (in Deutschland) aufgrund neuerer Rechtsgedanken als die der französischen Gesetze, die Japan sich bisher zum Muster genommen hat, durchgeführt worden. Ich meine daher, daß zum Fortschritt der zukünftigen Gesetzgebung in Japan die deutsche Rechtswissenschaft eingeführt werden muß." 12)

Bei Hozumi galt das deutsche Rechtssystem als das damals neueste. Als ein Beispiel dafür verstand er die Einführung des Pandektensystems in Japan unter dem starken Einfluß des sächsischen BGB und der Entwürfe zum deutschen BGB. Weil Hozumi, das älteste Mitglied der Redaktionskommission, den größten Einfluß auf die allgemeine Zielsetzung der Revision ausgeübt hatte, sind wir sicher, daß sie in seinem Sinne formuliert wurde. 13) Wenn man an die Tatsache denkt, daß die Redaktionskommission sich auf die Initiative von Hozumi hin für das Pandektensystem entschloß, kann man ohne weiteres behaupten, daß die Übernahme des Rechtsgeschäftsbegriffs aus dem sächsischen BGB und den beiden Entwürfen zum deutschen BGB ins japanische Zivilgesetzbuch als eine notwendige Folge der Aufnahme des Pandektensystems betrachtet werden kann; denn der Rechtsgeschäftsbegriff ist eines der typischen Beispiele für das Pandektensystem. Die Übernahme des Rechtsgeschäftsbegriffs als Folge der Aufnahme des Pandektensystems ist sehr beachtenswert, weil es

damals in Japan keine bedeutende "deutsche Schule" gab. 14)

Am Beispiel des in Japan eingeführten Rechtsgeschäftsbegriffs habe ich erwähnt, daß Hozumi, einer der Verfasser, die damalige deutsche Rechtswissenschaft sehr hochschätzte und er davon überzeugt war, daß es in der damaligen Rechtssituation Japans gut angebracht gewesen sei, die Pandektenrechtswissenschaft einzuführen und gleichzeitig sollte auch der Rechtsgeschäftsbegriff wegen der Notwendigkeit der Abfassung des Zivilgesetzbuches über die Pandekten-Methode in unser Zivilgesetzbuch eingeführt werden. Ist diese Einführung des Rechtsgeschäftsbegriffs jedoch über Hozumis subjektive Einstellung hinaus nicht aber auch eine implizite Notwendigkeit zurückzuführen?

Die Meiji-Restauration, eine politische Revolution, hat darauf hingeeilt, durch den Abbau des Feudalismus eine politische Organisation gründen zu können, in der sich neues kapitalistisches Produktionsverhältnis entwickeln könne. Die Abfassung des Zivilgesetzbuches war als wörtliche Übersetzung des Code civil deshalb so durchgeführt worden, weil der Code civil damals in den kapitalistischen Ländern als das beste zusammenhängende und modernste Zivilgesetzbuch gegolten hatte. Aber nur aus der bloßen Tatsache, daß ein solcher Code civil existierte, folgt nicht notgedrungen, daß sich das japanische Zivilgesetzbuch genau dem Code civil anpassen mußte. Es muß also doch irgendeine Bedingung oder Begründung dahinter gesteckt haben. Könnte man nicht behaupten, daß der im Code civil zum Ausdruck gebrachte Naturrechtsgedanke bis zu einem gewissen Grad verstanden und verbreitet worden war, so daß die Abfassung nach dem Code civil als vorbildhaftes Gesetz dem Alten Zivilgesetzbuch zugrunde lag? Der Ende des 17. Jahrhunderts in Frankreich und Deutschland ausgebreitete aufklärerische Naturrechtsgedanke war ein

Bewußtsein der damals neu aufstrebenden bürgerlichen Klasse. Dieser Naturrechtsgedanke bildete unter dem Absolutismus, dem Übergang von der mittelalterlichen politischen Organisation zur modernen politischen Organisation, eine Kritik gegen das "ancien regime" und war als eine Gedankenform, die die Forderungen des kapitalistischen Systems erfüllte, gemeinsames Bewußtsein geworden. Auch in Japan wurde der Naturrechtsgedanke zur Zeit der Meiji-Restauration als Methode der Kritik am Absolutismus verwendet. Das auf dem Code civil beruhende Projekt der Abfassung des japanischen Zivilgesetzbuches der Meiji-Regierung hat die damaligen bürgerlichen Forderungen und Gedanken erfüllt. Dies war nur deswegen möglich, weil der Code civil auf der Basis des Naturrechtsgedankens aufgebaut war. Infolgedessen hatte die französische Rechtswissenschaft bis zum Aufbau des absolutistischen Tenno-Systems (Kaiser-Systems) eine große Rolle gespielt in unserer Rechtswissenschaft und unserem Rechtsdenken. Unsere Rechtswissenschaft, die von der Naturrechtswissenschaft abgeleitet wurde, hat zumindest die äußere Form des Bourgeois-Zivilgesetzbuches aus dem Code civil übernommen. Daß also Eto für die Form und den Inhalt des japanischen Zivilgesetzbuches ein Muster am Code civil genommen hat, dürfte vor allem diesen Gründen zuzuschreiben sein. 15)

In dieser Beziehung, auch wenn sich Eto zur subjektiven Einstellung durchgerungen hat, und auch wenn das japanische Zivilgesetzbuch als wörtliche Übersetzung des Code civil abgefaßt wurde, mußte es doch die sozialen Bedingungen erfüllen, unter denen sich dieses Zivilgesetzbuch auf den Naturrechtsgedanken im Code civil begründete. Der Rechtsgeschäftsbegriff ist, wie gesagt, ohne den Gedanken des Naturrechts ein unvorstellbarer Begriff. Hozumi schätzte die deutsche Rechtswissenschaft sehr hoch und machte bei der Abfassung des Zivilgesetz-

buches die Pandekten-Methode zum Grundprinzip. Infolgedessen wurde der Rechtsgeschäftsbegriff in Japan eingeführt, der im allgemeinen immer das Verständnis des Naturrechtsgedankens voraussetzt. Daß unter dem enormen Einfluß der französischen Rechtswissenschaft auch in Japan der Naturrechtsgedanke innerhalb des Rahmens der genannten sozialen, wirtschaftlichen Bedingungen gut verstanden wurde, dürfte eine Voraussetzung für das Einführen des Rechtsgeschäftsbegriffs in Japan gewesen sein. 16)

Nishi und Tsuda, die in Leiden bei Vissering Politologie und Jura studierten, zeichneten die Naturrechtstheorie von Vissering auf und brachten diese Ausführungen nach Japan mit, deren japanische Übersetzung 1871 durch Kohei Kanda veröffentlicht wurde. Des weiteren publizierten Nishi und Tsuda selbst eine Zusammenfassung der Vorlesungen von Vissering über das öffentliche Recht und das Staatsgesetz. Erst durch diese juristischen Bücher wurde in Japan der europäische Naturrechtsgedanke eigentlich bekannt gemacht. 17) Naturrechtsgedanke, der am Ende der Edo-Periode in Japan eingeführt wurde, bildete einerseits die theoretische Grundlage für die Meiji-Restauration, hatte aber dadurch in sich selbst eine Basis, aus der der Rechtsgeschäftsbegriff entspringen konnte. Daß man in Japan das Tenno-System als absolutes System auf eine deutsche Theorie begründen wollte, erkennt man auch daran, daß das Pandektensystem ins bürgerliche Recht aufgenommen wurde. Man könnte also die Behauptung aufstellen, daß der Rechtsgeschäftsbegriff erst in unser Zivilgesetzbuch eingeführt werden mußte, als der französische Naturrechtsgedanke, der die theoretische Grundlage für den Sturz des Feudalismus bildete, mit der Pandektenrechtswissenschaft zusammenstieß, die unter dem überwiegenden Einfluß des konstitutionellen Systems 18) der Meiji-Periode zusammen mit dem absolutistischen Tenno-System ins bürgerliche Recht aufgenommen wurde. 19)

§ 7 Rechtsgeschäftliche Kenntnisse der Redaktionsmitglieder

Der Rechtsgeschäftsbegriff in unserem Lande trat zuerst als Entlehnung aus dem sächsischen EGB und den deutschen EGB-Entwürfen auf und wurde hier mit Horitsukoi übersetzt. Das läßt nun natürlich erwarten, daß der Rechtsgeschäftsbegriff für die Mitglieder der Redaktionskommission, die den Entwurf des japanischen Zivilgesetzbuches bearbeiteten, und der Hozumi, Tomii und Ume angehörten, etwas Vertrautes war. In Wirklichkeit aber gibt es etliche Punkte, die daran zweifeln lassen, daß das Wissen der Ausschußmitglieder derart groß war. Die rechtsgeschäftlichen Kenntnisse von Tomii, der 1880 das juristische Studium an der Juristischen Fakultät der Universität Lyon beendete und 1883 dort promovierte,²⁰⁾ reichten gerade aus, die Pandektenlehrbücher in französischer Übersetzung lesen zu können,²¹⁾ wobei er aber bei der Redaktion bemüht war, sich die logische Struktur und Systematik des Entwurfs zum deutschen EGB zu eigen zu machen. So vermengte Ume, der 1889 auch an der Universität Lyon promovierte²²⁾ und der eine Autorität auf dem Gebiet der französischen Jurisprudenz im damaligen Japan war, die beiden Begriffe Rechtsgeschäft und Rechtshandlung, die sogar der damaligen deutschen Rechtswissenschaft als verschieden galten.²³⁾ Die einzige Ausnahme machte Hozumi, der in England H. S. Maines historische Jurisprudenz und J. Austins analytische Jurisprudenz studierte, 1879 Barrister-at-Law of the Middle Temple wurde und anschließend in Berlin von April 1879 bis Juni 1881 seine Forschungen vertiefte. Er betrachtete vom Standpunkt des englischen Pragmatismus aus die damaligen deutschen Rechtstheorien und Rechtspraxen. Dennoch fehlt es seinem Rechtsgeschäftsbegriff an Bestimmtheit, obwohl er Funktion und Bedeutung des deutschen Rechtsgeschäftsbegriffs erkannte und sich auch darauf bezog.²⁴⁾ Wenn man diesen Zustand bedenkt, kann man nicht behaupten, daß das Verständnis für den Rechtsgeschäftsbegriff zur Zeit des Entwurfs zum Neuen

Zivilgesetzbuch unbedingt besonders fundiert gewesen war. ²⁵⁾ Der Verfasser des Zivilgesetzbuches verstand zwar nicht genau die ausführliche Auseinandersetzung mit dem Rechtsgeschäftsbegriff in Deutschland, hatte aber das rechte Verständnis für die Bedeutung desselben im gesamten Zivilgesetzbuch. Er schien zumindest die wesentliche Bedeutung der Einführung des Rechtsgeschäftsbegriffs verstanden zu haben.

"Es gab im zweiten Teil des Buches über "Vermögen" im Alten Zivilgesetzbuch Vorschriften über die Vereinbarung, aber keine für alle Rechtsgeschäfte gültige Vorschrift. Das war eine bedauerliche Lücke. Denn das Privatrechtsgeschäft kann nicht nur nach dem Übereinkommen, sondern auch im Falle eines einseitigen Geschäfts, das auf keine bestimmte Person gerichtet ist, wie z. B. Stiftung, angewendet werden oder im Falle von andern einseitigen Geschäften wie Mahnung oder Bestätigung, die auf eine bestimmte Person gerichtet sind, aber anders als in einem Vertrag das Einverständnis vom Partner nicht erfordern. Das Alte Zivilgesetzbuch erklärte diese oben erwähnten Geschäfte für gültig, zeigte aber hinsichtlich deren keine allgemeine Regel, was man als einen großen Nachteil des Alten Zivilgesetzbuches bezeichnen muß. Hierfür mußte mit Recht vor allem der Allgemeine Teil zugefügt werden, für Bestimmungen über Erwerb, Verlust und Ausüben des Privatrechts mußten allgemeine Regeln festgelegt und die für alle Rechtsgeschäfte gültigen Vorschriften mußten aufgenommen werden." ²⁶⁾

Der Rechtsgeschäftsbegriff kann ohne das dogmatische Verständnis für die einzelnen Paragraphen übernommen werden, wenn man auch nur dessen Grundgedanken im großen und ganzen versteht. Daß er auch in Japan gerade auf diese Weise übernommen wurde, deutet einerseits auf die Allgemeinheit und Abstraktheit des Rechtsgeschäftsbegriffs als eines

privatrechtlichen Grundbegriffs hin, anderseits deutet es aber auch darauf hin, daß auf der Ebene der einzelnen Paragraphen japanischer Rechtsgeschäftsbegriffe oft etwas ganz anders als im Falle Deutschlands verstanden werden kann. 27)

IV Entstehungsprozeß des japanischen Rechtsgeschäftsbegriffs

§ 8 Allgemeines

Aus der bisherigen Darstellung ist zu ersehen, daß der japanische Rechtsgeschäftsbegriff wesentlich durch das deutsche Recht, besonders durch das sächsische BGB und die beiden Entwürfe zum deutschen BGB bestimmt wurde. Es ist klar, daß der japanische Rechtsgeschäftsbegriff eines der wichtigsten Beispiele für das aus dem deutschen Recht übernommene Pandektensystem ist. Die Entstehungsgeschichte des japanischen Zivilgesetzbuches zeigt nämlich, daß es dem deutschen Recht, unter anderem dem sächsischen BGB und den beiden Entwürfen zum deutschen BGB seinen Rechtsgeschäftsbegriff verdankt. Dieser wurde übrigens im Alten Zivilgesetzbuch bzw. Boissonade-Entwurf nicht verwendet. Welche Teile des Rechtsgeschäftsbegriffs im japanischen Zivilgesetzbuch sind aber eigentlich vom deutschen Rechtsgeschäftsbegriff beeinflußt?

(A) Dazu wird im folgenden der Rechtsgeschäftsbegriff des japanischen Zivilgesetzbuches in die üblichen Elemente zergliedert und diese werden mit den entsprechenden Paragraphen des Boissonade-Entwurfs, der der Redaktionsarbeit des Neuen Zivilgesetzbuches als Grundlage diente, verglichen. Was den vermögensrechtlichen Teil angeht, wurde der französisch geschriebene Boissonade-Entwurf (Projet de Code civil pour l'Empire du Japon) zum größten Teil originalgetreu ins Japanische übersetzt. Diese Übersetzung ist als das Alte Zivilgesetzbuch bekannt. ¹⁾ Im Boissonade-Entwurf folgt in der Regel auf den Wortlaut der Paragraphen die Nummer, die von Boissonade selbst eingefügt wurde und die dem betreffenden Paragraph des französischen Code civil und der übrigen

Gesetze (z. B. des italienischen Codice civile) entspricht.

(B) Im Zusammenhang mit dem Vergleich zwischen dem Neuen Zivilgesetzbuch und dem Boissonade-Entwurf werde ich noch die einzelnen Paragraphen bezüglich des Rechtsgeschäftsbegriffs im Neuen Zivilgesetzbuch im Verhältnis zu den entsprechenden Vorschriften in den beiden Entwürfen zum deutschen BGB untersuchen. Als ein Beispiel für das deutsche Recht, aus dem das japanische Zivilgesetzbuch den Rechtsgeschäftsbegriff übernommen hat, werden ich mich aber hier auf die vergleichbaren Gegenstände in den beiden Entwürfen zum deutschen BGB beschränken.

(C) Außerdem werde ich nun vom rechtsvergleichenden Standpunkt aus die Rechtsinstitutionen bezüglich des Rechtsgeschäftsbegriffs im japanischen Zivilgesetzbuch im Verhältnis zu den entsprechenden Vorschriften im deutschen BGB und im französischen Code civil untersuchen.

(D) Dadurch kann man die Ähnlichkeit des japanischen Rechtsgeschäftsbegriffs mit dem ausländischen Recht und seine Verschiedenheiten davon verstehen. Schließlich werde ich an Hand von (A), (B) und (C) auf den Entstehungsprozeß und die Grundzüge des japanischen Rechtsgeschäftsbegriffs eingehen.

Im vierten Abschnitt des ersten Buches regelt das japanische Zivilgesetzbuch das Rechtsgeschäft. 2)

Erstes Buch. Allgemeiner Teil

Vierter Abschnitt. Rechtsgeschäfte

Erster Titel	Allgemeine Bestimmungen	§§ 90 - 92
Zweiter Titel	Willenserklärung	§§ 93 - 98
Dritter Titel	Vertretung	§§ 99 - 118
Vierter Titel	Nichtigkeit und Anfechtung	§§ 119 - 126

Fünfter Titel Bedingung und Zeitbestimmung §§ 127 - 137

§ 9 Allgemeine Bestimmungen

(A) Das japanische Zivilgesetzbuch und der Boissonade-Entwurf

Das japanische Zivilgesetzbuch

§ 90

Ein Rechtsgeschäft ist nichtig, wenn es Handlungen bezweckt, die gegen die öffentliche Ordnung oder die guten Sitten verstoßen.

§ 91

Haben die an einem Rechtsgeschäft Beteiligten eine Willenserklärung abgegeben, die von den in Gesetzen oder Verordnungen enthaltenen Bestimmungen, soweit sie nicht zum Schutz der öffentlichen Ordnung dienen, abweicht, so ist die Willenserklärung maßgebend.

§ 92

Besteht eine Gewohnheit, die von den in Gesetzen oder Verordnungen enthaltenen Bestimmungen, soweit sie nicht zum Schutz der öffentlichen Ordnung dienen, abweicht, so ist die Gewohnheit maßgebend, wenn anzunehmen ist, daß der Wille der Parteien des Rechtsgeschäfts auf der Gewohnheit beruht.

Der Boissonade-Entwurf

Art. 349

On peut, par des conventions particulières, déroger à la loi commune, y ajouter ou en retrancher des effets, pourvu qu'il ne soit dérogé ni à l'ordre public ni aux bonnes moeurs. (6, 1387.)

Art. 376

Dans l'interprétation des conventions, les tribunaux doivent rechercher l'intention commune des parties, plutôt que s'attacher au sens littéral des termes par elles employés. (1156.)

Art. 377

Lorsqu'une expression n'a pas en tous lieux le même sens ou la même portée, on doit lui donner, de préférence, le sens usité au lieu où les deux contractants ont leur domicile; si leur domicile n'est pas au même lieu, on doit suivre le sens usité au lieu où le contrat est passé; si dans ce dernier cas, le contrat a été fait par correspondance, on suit, pour chaque débiteur, le sens usité au lieu où il doit exécuter. (1159.)

Si une expression est, par elle-même, susceptible de deux sens, elle doit être entendue dans celui qui convient le mieux à la nature et à l'objet de la convention. (1158.)

Art. 378

Toutes les clauses de la convention s'interprètent les unes par les autres, en donnant à chacune le sens qui s'accorde le mieux avec l'acte entier. (1161.)

Si une clause peut s'interpréter de deux manières dont une seule lui donne un effet utile, on doit l'entendre de cette manière et non de celle qui ne lui donne aucun effet.. (1157.)

Art. 379

Quelque généraux que soient les termes de la convention, ils ne sont présumés comprendre que les objets sur lesquels les parties se sont proposé de contracter. (1163.)

Réciproquement, si les parties ont exprimé un des effets naturels ou légaux de la convention ou son application à un cas particulier, elles ne sont pas présumées, par cela seul, avoir voulu exclure les autres effets que l'usage ou la loi y attache, ou les autres applications qu'elle peut raisonnablement recevoir. (1164.)

Art. 380

Dans tous les cas, s'il reste du doute sur l'intention des parties, la convention s'interprète contre le stipulant et en faveur du promettant. (1162.)

Si la convention est synallagmatique, la présente règle s'applique séparément à chaque clause obscure ou ambiguë.

(B) Verhältnis zwischen den beiden Entwürfen zum deutschen BGB
und dem japanischen Zivilgesetzbuch

Schematische Übersicht

Das japanische Zivil-
gesetzbuch

§ 90

§ 91

§ 92

Das japanische Zivil-
gesetzbuch

§ 90

§ 91

§ 92

Der erste Entwurf

§ 106 Abs. 2

kein ähnlicher Paragraph

kein ähnlicher Paragraph

Der zweite Entwurf

§ 104

kein ähnlicher Paragraph

kein ähnlicher Paragraph

- (c) Verhältnis zwischen dem deutschen BGB, dem französischen Code civil und dem japanischen Zivilgesetzbuch

Schematische Übersicht

Das japanische Zivil- gesetzbuch	Das deutsche BGB
§ 90	§§ 134, 138
§ 91	kein ähnlicher Paragraph
§ 92	kein ähnlicher Paragraph
Das japanische Zivil- gesetzbuch	Der französische Code civil
§ 90	§§ 6, 1133
§ 91	§ 6
§ 92	kein ähnlicher Paragraph

(D) Analyse

Im allgemeinen hatte die Meiji-Regierung bei Geschäftsverhandlungen die Freiheit in Bezug auf Rechtsgeschäfte immer weitgehend unterstützt, seitdem der Entwurf des Handelsgesetzes (Mai 1868) den Großhandelsverband sowie die Preisbeschränkung aufgehoben hatte; jedoch war die Handlungsfreiheit nicht unbegrenzt, und jegliche Handlung, die gegen das Recht verstieß, war untersagt. 3)

Die Regeln zur Auslegung von Verträgen, welche dem Gerichtshof 1877 vom Justizministerium mitgeteilt wurden, lauteten folgendermaßen:

1. Die Berücksichtigung der Absichten der Vertragsparteien sollte Vorrang haben vor der wörtlichen Auslegung des Vertrags.
2. Eine Klausel mit doppelsinniger Bedeutung sollte eine Interpretation erhalten, die diese rechtsgültig macht.
3. Wörter und Sätze mit doppelsinniger Bedeutung sollten so gelesen werden, wie sie sich am besten den Vorstellungen des Vertrags anpassen.
4. Ein unklarer Satz sollte gemäß den Gebräuchen des Orts des Vertragsabschlusses interpretiert werden.
5. Wenn ein Vertrag übliche Einzelheiten, die normalerweise aufgeführt sind, nicht einschließt, sollten diese als im Vertrag vorhanden angesehen werden.
6. Die Klauseln eines Vertrags sollten entsprechend der allgemeinen Bedeutung des ganzen Vertrags interpretiert werden.
7. Im Zweifelsfall sollte die Interpretation die Interessen des Schuldners begünstigen.
8. Falls der Text eines Vertrags unvollständig geschrieben ist, sollte keine andere Bedeutung mit einbegriffen sein als die, welche von den Vertragspartnern gegenseitig beabsichtigt schien.
9. Bei der Interpretation von vertraglichen Verpflichtungen sollte ein Punkt des Vertrags nicht genannt werden unter Ausschaltung eines anderen Punkts, welcher, aufgrund der Eigenart des Vertrags, selbstverständlich mit einbegriffen sein sollte.

Obwohl diese neun Artikel deutliche Spuren von Übersetzungen französischen Ursprungs (§§ 1156 ff. des französischen Code civil oder §§ 376 ff. des Boissonade-Entwurfs) aufweisen, scheint ihr tatsächlicher Einfluß auf die Richter bedeutend gewesen zu sein. 4)

Der Boissonade-Entwurf erlaubt den Parteien, z.B. bei gegenseitigem

Einverständnis die loi commune unbeachtet zu lassen oder abzuändern; es ist ihnen aber verboten, dabei die öffentliche Ordnung und die guten Sitten zu verletzen (§ 349). Das Neue Zivilgesetzbuch erklärt auch jede Zuwiderhandlung gegen die öffentliche Ordnung und die guten Sitten für nichtig (§ 90) und macht die deutliche Absicht eines Rechtsgeschäfts zum entscheidenden Faktor, wann immer die Absicht im Widerspruch zu einer Bestimmung des Gesetzes steht, die keine Beziehung zur öffentlichen Ordnung hat (§ 91). § 92 des japanischen Zivilgesetzbuches ist aus dem Neuen Zivilgesetzbuch hervorgegangen. Nach § 92 hängt die Wirksamkeit einer Gewohnheit, die von den in Gesetzen oder in Verordnungen enthaltenen Bestimmungen abweicht, vom Willen der Parteien des Rechtsgeschäfts ab, soweit diese Bestimmungen nicht zum Schutz der öffentlichen Ordnung dienen. Eine Gewohnheit ist nur maßgebend, wenn der Wille der Parteien sich darauf bezieht. In der Redaktionskommission gab es eine hitzige Diskussion über die Wirksamkeit solcher Gewohnheiten. ⁵⁾ Hozumi und Ume beharrten auf der starken Funktion der Gewohnheit. Tomii hingegen meinte, daß das geschriebene Gesetz immer der Gewohnheit vorgehen solle. § 92 stellt sich als wenig glücklicher Kompromiß des Gesetzgebers dar. ⁶⁾ §§ 90, 91 des japanischen Zivilgesetzbuches entsprechen Vorschriften im deutschen BGB (§§ 134, 138) und im französischen Code civil (§§ 6, 1133). Hingegen ist § 92 sehr charakteristisch für das japanische Zivilgesetzbuch. Dogmatisch umstritten ist, ob sich § 92 nur auf die Auslegung von Willenserklärung bezieht oder auch auf deren Ergänzung. ⁷⁾

§ 10

Willenserklärung

- (A) Das japanische Zivilgesetzbuch und der Boissonade-Entwurf

Das japanische Zivilgesetzbuch

§ 93

Eine Willenserklärung ist nicht deshalb nichtig, weil der Erklärende bei ihrer Abgabe weiß, daß sie seinem wahren Willen nicht entspricht. Eine Erklärung ist nichtig, wenn der andere Teil den wahren Willen des Erklärenden kannte oder kennen mußte.

§ 94

- (1) Eine Willenserklärung, die im Einverständnis mit dem anderen Teil nur zum Schein abgegeben wird, ist nichtig.
- (2) Die Nichtigkeit dieser Willenserklärung kann dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengesetzt werden.

§ 95

Eine Willenserklärung, bei der sich der Erklärende in einem Irrtum über das Element des Rechtsgeschäfts befindet, ist nichtig. Der Erklärende kann die Nichtigkeit jedoch nicht geltend machen, wenn er sich selbst dabei grober Fahrlässigkeit schuldig gemacht hat.

§ 96

- (1) Eine Willenserklärung, die durch die Täuschung oder die Drohung hervorgerufen ist, kann angefochten werden.
- (2) Hat ein Dritter die Täuschung verübt, so ist eine Erklärung, die einem anderen Teil gegenüber abzugeben war, nur dann anfechtbar,

wenn er die Täuschung kannte.

- (3) Die Anfechtung einer Willenserklärung, die durch die Täuschung hervorgerufen ist, kann dem gutgläubigen Dritten nicht entgegengesetzt werden.

§ 97

- (1) Eine Willenserklärung gegenüber einem Abwesenden wird im Zeitpunkt wirksam, in welchem sie dem anderen Teil zugeht.
- (2) Auf die Wirksamkeit der Willenserklärung ist es ohne Einfluß, wenn der Erklärende nach ihrer Abgabe stirbt oder geschäftsunfähig wird.

§ 98

Ist der Empfänger einer Willenserklärung zur Zeit ihres Empfangs minderjährig oder entmündigt, so kann ihm die Willenserklärung erst dann entgegengesetzt werden, nachdem sie seinem gesetzlichen Vertreter bekannt geworden ist.

Der Boissonade-Entwurf

Art. 1386

Les parties peuvent, par des contre-lettres ou déclarations écrites destinées à rester temporairement secrètes, modifier ou détruire, en tout ou partiellement, les effets d'un acte ostensible, authentique ou sous seing privé; mais lesdites contre-lettres, même lorsqu'elles ont été faites par acte authentique ou sous seing privé ayant date certaine, n'ont d'effet que contre les signataires et leurs héritiers. (1321.) Toutefois, elles peuvent être opposées aux ayant-cause à titre particulier de chaque partie; lorsqu'il est prouvé, conformément au droit commun, qu'ils en ont eu connaissance en traitant avec elles.

Art. 1387

Les contre-lettres relatives aux droits immobiliers acquièrent l'effet ordinaire d'un acte ostensible lorsqu'elles ont été rendues publiques, soit par la transcription ou par l'inscription hypothécaire, quand l'acte la comporte, soit par la mention en marge de l'une ou de l'autre, lorsque lesdites contre-lettres modifient un acte transcrit ou inscrit; le tout, sans rétroactivité.

Art. 1388

Dans tous les cas, les contre-lettres peuvent être opposées à chaque partie et à ses héritiers par les ayant-cause généraux et particuliers de l'autre.

Art. 330

Il n'y a pas de consentement, lorsque, par suite d'une erreur, les parties n'ont pas chacune entendu faire la même convention, ou n'ont pas eu en vue la même personne, le même objet ou la même cause.

L'erreur sur l'identité de la convention ne suffit pas à en entraîner la nullité, lorsqu'une des parties a seulement confondu la promesse d'une convention avec la convention elle-même.

L'erreur sur le motif de la convention n'est jamais, par elle-même, une cause de nullité; sauf ce qui est dit à l'article 333, au sujet du dol pratiqué par l'une des parties.

Art. 330 bis.

L'erreur sur la personne du contractant entraîne la nullité absolue de la convention, lorsque la considération de l'identité ou des qualités légales ou civiles de la personne en a été la cause déterminante, comme dans le contrat de bienfaisance. (1110, 2^e al.)

La convention est seulement annulable ou rescindable, pour erreur sur l'identité ou les qualités de la personne, si la considération de celles-ci n'a été qu'une cause secondaire de la convention, comme dans les contrats à titre onéreux qui entraînent le risque de l'insolvabilité du débiteur ou l'obligation de conserver la chose. (Ib.)

Art. 331

L'erreur sur la chose vicie seulement la convention et ne la rend qu'annulable, lorsqu'elle porte sur une ou plusieurs des qualités principales que la partie a cru exister dans la chose et qui ont contribué à la déterminer, soit à stipuler ou promettre, soit à acquérir ou aliéner cette chose. Les qualités substantielles des choses sont présumées, jusqu'à preuve contraire, avoir été considérées comme qualités principales, dans l'intention des parties. (1110, 1^{er} al.)

Les qualités non-substantielles, au contraire, ne sont considérées comme principales que si l'intention des parties a été exprimée à cet égard ou résulte clairement des circonstances; il en est de même des qualités abstraites ou métaphysiques des choses, comme leur ancienneté, leur provenance ou leur destination.

Art. 331 bis (*).

L'erreur sur l'époque ou le lieu de l'exécution de la convention ne rend celle-ci nulle ou annulable que si la considération du temps ou du lieu a plus ou moins déterminé l'une des parties à contracter.

L'erreur de calcul ou de nom, de date ou de lieu de l'acte doit être réparée. (2058).

(*) Le 1^{er} alinéa de cet article est nouveau. Le 2^e faisait autrefois partie de l'article 331 sur l'objet; mais il n'y était pas à sa place.

Art. 332

L'erreur de droit exclut ou vicie le consentement, comme l'erreur de fait, si elle a porté, soit sur la nature, sur les effets légaux ou sur la cause de la convention, soit sur les qualités de la personne ou de la chose, lorsqu'elles ont été déterminantes en tout ou en partie.

Toutefois, les tribunaux n'admettront la nullité de la convention pour erreur de droit qu'avec une grande réserve et si l'erreur est excusable, d'après les circonstances.

L'erreur de droit n'est jamais admise pour relever les parties contre une pénalité, contre une déchéance légale résultant du temps ou contre une nullité provenant de la violation des formes prescrites pour les actes, ni, généralement, quand il s'agit de l'ignorance de dispositions légales ou réglementaires intéressant l'ordre public. (Comp. 1356, 4^e al., 2052, 2^e al.)

Art. 333

Le dol n'exclut ou ne vicie le consentement que s'il a entraîné l'une des erreurs ayant cet effet par elles-mêmes, comme il est dit aux cinq articles précédents.

Dans les autres cas, il ne peut donner lieu qu'à une action en dommages-intrêts contre celui qui l'a partiqué.

Toutefois, si l'auteur du dol est l'autre partie contractante elle-même, et si les manoeuvres frauduleuses ont été telles que sans elles la partie trompée n'aurait pas contracté, celle-ci peut obtenir l'annulation de la convention, à titre de réparation, même avec dommages-intérêts, s'il y a lieu. (1116, 1^{er} al.)

Dans ce cas, l'annulation de la convention ne peut préjudicier aux tiers-acquéreurs de bonne foi.

Art. 334

La violence exclut le consentement, si l'adhésion de l'une des parties à la convention lui a été arrachée par des voies de fait ou des menaces auxquelles elle n'a pu résister.

Il en est de même si un engagement excessif ou téméraire a été contracté ou si une aliénation déraisonnable a été faite par une personne, pour échapper à un péril imminent, même provenant d'une force majeure qui lui ôtait toute faculté de délibérer.

La violence n'est qu'un vice du consentement, lorsque les voies de fait, les menaces ou le péril n'étaient pas irrésistibles, mais ont déterminé la partie à contracter, pour éviter un mal plus considérable, immédiat ou prochain.

Les dispositions qui précèdent sont applicables lors même que le danger menaçait seulement les biens du promettant et non sa personne et même les biens ou la personne d'autrui. (Comp. 1112, 1^{er} al.)

Art. 335

Si le tiers dont la personne ou les biens sont mis en danger par les violences ou les menaces est le conjoint, le parent ou l'allié en ligne directe du contractant, la violence est toujours considérée comme dirigée contre la partie elle-même. (1113.)

Pour les autres personnes, parentes, alliées ou étrangères, les tribunaux apprécient, d'après les circonstances, l'influence que les menaces faites contre celles-ci auront eue sur le consentement du contractant. (C. it., 1113.)

Art. 336

La violence, avec les distinctions faites ci-dessus, exclut ou vicie le consentement, sans qu'il y ait à distinguer si elle provient du fait de l'autre partie ou du fait d'un tiers, même sans complicité. (1111.)

Art. 337

Dans les cas où la partie violentée peut obtenir l'annulation de la convention, elle peut aussi la maintenir, en demandant seulement des dommages-intérêts contre l'auteur de la violence.

Si la violence n'a pas été déterminante de la convention, mais a seulement fait accepter des conditions désavantageuses, la convention est maintenue, sauf indemnité.

Art. 338

Dans tous les cas de violence, le tribunal prend en considération l'âge, le sexe, l'état physique et mental, et la condition respective des personnes. (1112.)

Toutefois, la seule crainte révérentielle des descendants envers les ascendants et celle de la femme envers le mari ne suffisent pas pour faire annuler la convention. (1114.)

Art. 339

L'erreur, le dol, la violence, la lésion, l'incapacité ne se présument pas: la preuve doit en être fournie par celui qui les invoque. (1116, 2^e al.)

Les moyens de nullité qui appartiendraient aux deux parties ne se détruisent pas réciproquement, lors même qu'ils seraient fondés sur des torts respectifs: sauf la compensation des dommages-intérêts, s'il y a lieu.

Art. 340

L'action en nullité, dans les cas prévus aux articles précédents, n'appartient qu'aux personnes incapables ou dont le consentement a été vicié. (1125, 2^e al.)

Néanmoins, l'incapacité résultant des condamnations pénales peut être invoquée aussi par ceux qui ont traité avec le condamné. (C. it., 1107.)

- (B) Verhältnis zwischen den beiden Entwürfen zum deutschen BGB
und dem japanischen Zivilgesetzbuch

Schematische Übersicht

Das japanische Zivilgesetzbuch	Der erste Entwurf
§ 93	§ 95
§ 94	§ 96 Abs. 1
§ 95	§§ 98 - 102
§ 96	§ 103
§ 97	§§ 74, 82, 84 - 87, 89, 828 Abs. 4
§ 98	§ 66

Das japanische Zivilgesetzbuch	Der zweite Entwurf
§ 93	§ 91
§ 94	§ 92 Abs. 1
§ 95	§§ 94, 95, 97
§ 96	§ 98
§ 97	§§ 107 Abs. 1, 2, 122, 124, 125
§ 98	§ 107 Abs. 3

- (C) Verhältnis zwischen dem deutschen BGB, dem französischen Code
civil und dem japanischen Zivilgesetzbuch

Schematische Übersicht

Das japanische Zivilgesetzbuch	Das deutsche BGB
§ 93	§§ 116, 118
§ 94	§ 117
§ 95	§§ 119 - 122

§ 96	§§ 123, 124
§ 97	§§ 130, 153
§ 98	§ 131

Das japanische Zivilgesetzbuch	Der französische Code civil
§ 93	kein ähnlicher Paragraph
§ 94	§ 1321
§ 95	§§ 1109, 1110, 1117
§ 96	§§ 1109, 1111. - 1117
§ 97	kein ähnlicher Paragraph
§ 98	kein ähnlicher Paragraph

(D) Analyse

Rechtsgeschäfte, bei welchen die Absicht der Handlung und die Willenserklärung nicht im Einklang sind, werden durch das Neue Gesetz in vier Gruppen eingeteilt (§§ 93 - 96). Der Grund für diese Gruppierung ist in Motive zum japanischen Zivilgesetzbuch folgendermaßen begründet:

Die erste, hervorgegangen aus dem Neuen Gesetz, ist ein Fall der Mentalreservation, bei dem der Mißklang zwischen der Absicht und der Erklärung der Person, welche diese abgibt, bewußt ist. In der Regel ist die Willenserklärung in diesem Fall gültig (§ 93 Satz 1).⁸⁾

Die zweite ist ein Fall des Scheingeschäfts (§ 94). Diese Art von Erklärung ist nichtig, es sei denn, eine dritte Partei, welche in gutem Glauben handelt, ist beteiligt. Damit diese Maßnahme einer fingierten Äußerung ins Neue Gesetz aufgenommen werden kann, werden nur die Klauseln des Boissonade-Entwurfs in gegensätzlichen Urkunden (§§ 1386 - 1388) revidiert, um eine großzügige Anwendung hinsichtlich der Willenserklärung zu haben.⁹⁾

Bei der dritten handelt es sich um einen Irrtum bezüglich der wesentlichen Bestandteile des Rechtsgeschäfts, welcher dazu führt, daß die Willenserklärung nichtig ist, außer wenn die Person, welche die Erklärung abgibt, der groben Fahrlässigkeit schuldig ist (§ 95). Dies ist wiederum eine Überarbeitung mehrerer Bestimmungen des Boissonade-Entwurfs, die verschiedene Aspekte von Irrtümern behandeln (§§ 330 - 332). 10)

Bei der vierten handelt es sich um einen Fall der Täuschung und der Drohung (§ 96). Im Fall von Täuschung oder Drohung ist die Willenserklärung anfechtbar, obwohl eine Willenserklärung, resultierend aus einer Täuschung nicht angefochten werden kann, wenn eine dritte Partei beteiligt ist, welche in gutem Glauben handelt. Auch diese Maßnahme ergibt sich aus der Vereinfachung ähnlicher Bestimmungen des Boissonade-Entwurfs (§§ 333 - 340). 11)

Mir scheint aber, daß §§ 94 - 96 unter einem stärkeren Einfluß der beiden Entwürfe zum deutschen BGB bestimmt worden sind und sich kaum auf den Boissonade-Entwurf bezogen haben. Trotz des starken Einflusses vom deutschen Recht halten die Motive die Entstehung dieser Vorschriften für die Überarbeitung des Boissonade-Entwurfs, weil das Neue Gesetz förmlich als Revision des Alten Gesetzes geschrieben worden ist. 12)

Das Prinzip der Willenserklärung besagt, daß eine gesetzlich gültige Willenserklärung nur dann zustandekommt, wenn zwischen Willen und Erklärung Einklang besteht. Wenn eine Willenserklärung ohne Übereinstimmung mit dem Willen abgefaßt wird, dann ergeben sich in diesem Fall zwei Möglichkeiten einer Lösung: entweder werden die Probleme ohne Abänderung des Willensprinzips nach dem Rechtsgrundsatz des Schadenersatzes gelöst, oder das Prinzip selbst ist abzuändern. In Gesetz-

büchern, die unter französischem Einfluß stehen, wird oft ersterer gesetzgeberischer Grundsatz befolgt, wobei in Gesetzbüchern, die unter dem Einfluß des BGB stehen, mehr der zweite Vorrang hat. ¹³⁾ In § 93, der vom BGB beeinflusst ist, wird zugunsten der Sicherheit des Geschäfts eine Willenserklärung, die bewußt ohne Übereinstimmung mit dem Willen gemacht wurde, für gültig gehalten (Satz 1). Handelt es sich hier jedoch nicht um den Schutz des Geschäfts, so weist derselbe Paragraph wieder das Prinzip (Satz 2) auf. ¹⁴⁾ In diesem Sinne ist Satz 1 eine Sonderregel und Satz 2 die Grundregel. In § 93 treten beide Fälle auf, daß der andere Teil fälschlich glaubt, obwohl der Erklärende ihn nicht täuschen wollte, sowie daß der andere Teil fälschlich versteht, was der Erklärende als seinen Willen geäußert habe, in der Erwartung, daß der andere Teil dadurch nicht getäuscht werde. ¹⁵⁾ Letzterer Fall ist eine sogenannte Scherzerklärung, die in § 118 des BGB von einer Mentalreservation unterschieden wird und für nichtig erklärt ist. Aber unser Zivilgesetzbuch erklärt alle, auch die nicht auf dem wahren Willen beruhenden Willenserklärungen, für gültig. So ließe sich dieser Fall in Japan ohne Anwendung des Satzes 2 auch anders als nach dem BGB entscheiden. ¹⁶⁾

Die gegensätzliche Urkunde entspricht dem "contre-lettre" des Boissonade-Entwurfs. Unser Verfasser kritisierte die Bestimmungen des Boissonade-Entwurfs als zu beschränkt, in denen nach dem Vorbild vom Code civil ein Scheingeschäft als Verhältnis zwischen Äußerung und Verfall von acte ostensible ou apparent durch contre-lettre betrachtet wurde. ¹⁷⁾ Scheingeschäft (acte ostensible ou apparent) sowie verdecktes Rechtsgeschäft (acte secret ou contre-lettre) werden nicht immer durch "lettre" abgeschlossen, sondern auch mündlich. Also soll Scheingeschäft nicht als Frage von "lettre", sondern als die der Willenserklärung behandelt werden. ¹⁸⁾ Dieses Verhältnis ist dadurch verursacht, daß im Neuen Zivilgesetzbuch die Vorschriften über den Beweis von Boissonade-

Entwurf nicht angenommen wurden, des weitern die Vorschriften über die Vereinbarung im Buch "Vermögen" aufgelöst wurden, aber statt dessen nach dem Vorbild des BGB noch ein Allgemeiner Teil für allgemeine Bestimmungen des Rechtsgeschäfts hinzugefügt wurde. Das zeigt sich besonders deutlich in § 94, der vom Scheingeschäft handelt. 19)

Charakteristisch für § 95 ist, daß darin eine wie im ersten Entwurf des BGB vom Irrtum abgeleitete Willenserklärung als ein Fall ohne Einklang zwischen Willen und Erklärung, also als ein Fall des Willensmangels betrachtet wird, und der Fall des Motivirrtums nicht eingeschlossen wird. Ferner ist auch bemerkenswert, daß § 95 die Nichtigkeit des Irrtums auf eine Willenserklärung beschränkt, bei der sich der Erklärende in einem Irrtum über das Element des Rechtsgeschäfts befindet. Eine Unterscheidung zwischen Willensmangel und Motivirrtum war eigentlich ein traditioneller Gedanke des deutschen gemeinen Rechts, aber läßt sich auch in § 330 Abs. 2 des Boissonade-Entwurfs finden. In Bezug auf das zweite Merkmal für § 95 sei darauf hingewiesen, daß § 95 Nichtigkeit der Willenserklärung auf den obengenannten Bereich beschränkt, weil das betreffende deutsche Gesetz in viel größerer Ausweitung des Irrtumsbegriffs steht und infolgedessen zu größerem Anspruch auf Nichtigkeit oder Anfechtung des sich aus dem Irrtum ereigneten Rechtsgeschäfts führen könnte. Denn wenn der Erklärende sich in einem Irrtum über das Element des Rechtsgeschäfts befindet, weicht sein Wille von der Erklärung sehr weit ab. 20)

§ 96 nennt Vorschriften über Täuschung oder Drohung, was die natürliche Folge der Zusammenstellung einzelner Vorschriften des Boissonade-Entwurfs darüber unter dem abstrakten Begriff "Rechtsgeschäft" ist. Auch bei § 94 ist das Verhältnis ähnlich.

Zwischen den Verfassern des Neuen Gesetzbuches gab es eine hitzige

Debatte um die Frage des Wirksamwerdens einer Willenserklärung, die einem Abwesenden gegenüber abgegeben wurde. Streitig war, ob die Willenserklärung im Zeitpunkt der Abgabe wirksam werden sollte oder im Zeitpunkt des Zugangs. Man einigte sich im Laufe der Debatte dahin, daß grundsätzlich der Zeitpunkt des Zugangs maßgeblich sein sollte (§ 97). ²¹⁾ In § 97 des japanischen Zivilgesetzbuches finden sich eine mit § 130 Abs. 1 des BGB inhaltlich völlig übereinstimmende Vorschrift über das Wirksamwerden einer unter Abwesenden abgegebenen Willenserklärung. §§ 521 ff. des japanischen Zivilgesetzbuches enthalten eine den §§ 145 ff. des BGB weithin entsprechende Regelung. So bestimmt z.B. § 521 Abs. 2 des japanischen Zivilgesetzbuches, daß die Offerte hinfällig wird, wenn der Offerent die Annahme nicht innerhalb der gesetzten Annahmefrist empfängt. Sodann enthält § 522 des japanischen Zivilgesetzbuches eine § 149 des BGB gleichlautende Regelung. All dies stimmt mit dem Grundprinzip des § 97 des japanischen Zivilgesetzbuches (§ 130 des BGB) überein. Erst in § 526 des japanischen Zivilgesetzbuches ²²⁾ weicht das japanische Recht vom deutschen ab, indem es eine §. 10 des schweizerischen Obligationenrechts (§ 8 des alten Obligationenrechts aus dem Jahre 1881) entsprechende Vorschrift aufnimmt. Die Wirkungen eines nach der "Empfangstheorie" zustande gekommenen Vertrags werden auf den Zeitpunkt der Absendung der Annahmeerklärung zurückbezogen. Das stand schon in § 50 des Dresdner Entwurfs und in § 321 des Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuches. Man muß wohl vermuten, daß dies insoweit die Quelle des japanischen Zivilgesetzbuches gewesen ist. Das französische Recht, das seit Alters her darin eine den Untergerichten überlassene "question de fait" sieht, kann wohl nicht als Vorbild gedient haben. ²³⁾

§ 11 Vertretung

(A) Das japanische Zivilgesetzbuch und der Boissonade-Entwurf

Das japanische Zivilgesetzbuch

§ 99

- (1) Eine Willenserklärung, die der Vertreter innerhalb seiner Vertretungsmacht in erkennbarer Weise für den Vertretenen abgibt, erlangt gegenüber dem Vertretenen unmittelbare Wirksamkeit.
- (2) Die Vorschrift des ersten Absatzes findet entsprechende Anwendung, wenn ein Dritter eine Willenserklärung gegenüber dem Vertreter abgibt.

§ 100

Hat der Vertreter bei der Abgabe der Willenserklärung nicht zu erkennen gegeben, daß er für den Vertretenen handelt, so gilt die Willenserklärung als für ihn selbst erfolgt. Hierbei findet jedoch die Bestimmung des § 99 Absatz 1 entsprechende Anwendung, wenn der andere Teil wußte oder wissen mußte, daß er für den Vertretenen handelte.

§ 101

- (1) Die Wirksamkeit einer Willenserklärung bestimmt sich, soweit sie durch die Willensmängel, die Täuschung oder die Drohung oder durch die Kenntnis oder das Kennenmüssen gewisser Umstände beeinflusst wird, nach der jeweiligen Lage dieser Umstände im Vertreter.
- (2) Hat im Fall einer Bevollmächtigung zu einem bestimmten Rechtsgeschäft der Vertreter nach der Weisung des Vertretenen gehandelt, so kann sich der Vertretene in Ansehung solcher Umstände, die er selbst kannte, nicht auf die Unkenntnis des Vertreters berufen. Dasselbe gilt von Umständen, die der Vertretene kennen mußte.

§ 102

Ein Vertreter braucht nicht geschäftsfähig zu sein.

§ 103

Ein Vertreter, dessen Befugnisse nicht einzeln bestimmt sind, kann nur die folgenden Handlungen vornehmen:

1. Handlungen zur Erhaltung von Rechten ;
2. Handlungen, die ohne die Natur der Sache oder das Wesen des Rechts auf die sich die Vertretung bezieht, zu ändern, deren Nutzung oder Besserung bezwecken.

§ 104

Der aufgrund eines Auftrags handelnde Vertreter kann einen Unterbevollmächtigten nur mit Genehmigung des Vertretenen oder unter unabwendbaren Umständen bestellen.

§ 105

- (1) Hat der Vertreter im Fall des § 104 einen Unterbevollmächtigten ernannt, so bleibt er dem Vertretenen für dessen Auswahl und Beaufsichtigung verantwortlich
- (2) Hat der Vertreter den Unterbevollmächtigten auf Grund eigener Benennung des Vertretenen bestellt, so ist er dem Vertretenen nur verantwortlich, wenn er in Kenntnis der Ungeeignetheit oder Unehrlichkeit des bestellten Unterbevollmächtigten es unterläßt, den Vertretenen davon zu unterrichten oder den Unterbevollmächtigten zu entlassen.

§ 106

Ein gesetzlicher Vertreter kann auf eigene Verantwortung einen Unterbevollmächtigten ernennen. Erfolgt die Bestellung aus unabwendbaren Gründen, so haftet er nur in der in § 105 Absatz 1 vorgesehenen Weise.

§ 107

- (1) Ein Unterbevollmächtigter vertritt den Vertretenen in den Rechtsgeschäften, die innerhalb seiner Vertretungsbefugnis liegen.
- (2) Ein Unterbevollmächtigter hat gegenüber dem Vertretenen und der dritten Person die gleichen Rechte und Pflichten wie der Vertreter.

§ 108

Niemand kann für ein und dasselbe Rechtsgeschäft zugleich Vertreter des anderen Teils oder Vertreter beider Teile sein, es sei denn, daß es sich um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt.

§ 109

Hat jemand einem Dritten erklärt, daß er einem Anderen die Vertretungsmacht gewährt hat, so haftet er für alle Rechtsgeschäfte, die der Andere im Rahmen der ihm erteilten Vertretungsmacht mit dem Dritten abschließt.

§ 110

Hat der Dritte in einem Fall, wo der Vertreter bei der Vornahme eines Rechtsgeschäfts seine Befugnisse überschritten hat, einen gerechten Grund anzunehmen, daß die Vertretungsmacht bestand, so kommt die Bestimmung des § 109 entsprechend zur Anwendung.

§ 111

(1) Die Vertretungsmacht erlischt aus folgenden Gründen:

1. durch den Tod des Vertretenen;
2. durch den Tod, die Entmündigung oder den Konkurs des Vertreters.

(2) Die auf einem Auftrag beruhende Vertretungsmacht erlischt außerdem mit dem Ablauf des Auftrags.

§ 112

Das Erlöschen der Vertretungsmacht kann einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengesetzt werden, es sei denn, daß der Dritte infolge eigener Fahrlässigkeit keine Kenntnis von dieser Tatsache hatte.

§ 113

- (1) Schließt jemand ohne Vertretungsmacht im Namen eines Anderen einen Vertrag, so hängt die Wirksamkeit des Vertrags gegenüber dem Vertretenen von dessen nachträglicher Genehmigung ab.
- (2) Die Genehmigung oder ihre Verweigerung kann dem anderen Teil nur entgegengesetzt werden, wenn sie ihm gegenüber erfolgt ist, es sei denn, daß der andere Teil selbst davon Kenntnis hatte.

§ 114

Im Fall des § 113 kann der andere Teil den Vertretenen auffordern, innerhalb einer von ihm festgesetzten Frist bestimmt zu erklären, ob er die Genehmigung erteilt oder verweigert. Die Genehmigung gilt als verweigert, wenn der Vertretene innerhalb dieser Frist keine bestimmte Antwort gibt.

§ 115

Bei einem Vertrag, der von jemandem ohne Vertretungsmacht geschlossen ist, ist der andere Teil bis zur Genehmigung durch den Vertretenen zum Widerruf berechtigt, es sei denn, daß er den Mangel der Vertretungsmacht bei dem Abschluß des Vertrags kannte.

§ 116

Die Erteilung der Genehmigung wirkt mangels entgegenstehender Willenserklärung und unbeschadet der Rechte vom Dritten auf die Zeit des Vertragsabschlusses zurück.

§ 117

- (1) Wer als Vertreter eines Anderen einen Vertrag geschlossen hat, haftet, sofern er seine Vertretungsmacht nicht nachweisen kann, dem anderen Teil nach dessen Wahl für Erfüllung oder Schadenersatz, wenn er die Genehmigung des Vertretenen nicht erlangt.
- (2) Die Vorschrift des ersten Absatzes gilt jedoch nicht, wenn der andere Teil den Mangel der Vertretungsmacht kannte oder kennen mußte, oder wenn derjenige, der als Vertreter den Vertrag geschlossen hat, nicht geschäftsfähig war.

§ 118

Bei einem einseitigen Rechtsgeschäft kommen die Bestimmungen der §§ 113 - 117 zu entsprechender Anwendung nur, sofern der andere Teil bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts damit einverstanden gewesen ist, daß der als Vertreter Auftretende ohne Vertretungsmacht handelt, oder wenn er seine Vertretungsmacht nicht beanstandet hat. Das Gleiche gilt, wenn ein einseitiges Rechtsgeschäft gegenüber einem Vertreter ohne Vertretungsmacht mit dessen Einverständnis vorgenommen wird.

Der Boissonade-Entwurf

Art. 925

Le mandat est un contrat par lequel une partie charge l'autre de faire quelque chose au nom et dans l'intérêt ou pour le compte du mandant. (1984.)

Si le mandataire doit agir en son propre nom, mais toujours dans l'intérêt ou pour le compte du mandant, le contrat prend le nom de "commission". (C. comm. fr., 94.)

La commission est réglée par le Code de Commerce.

Art. 926

Le mandat peut être donné et accepté tacitement. (1985.)

Art. 927

Le mandat est gratuit, s'il n'y a convention contraire, expresse ou tacite. (1986.)

Art. 928

Il est général, déterminé, ou spécial. (1987.)

Le mandat général, ou sans désignation particulière des actes à faire, ne comprend que les actes d'administration du patrimoine du mandant. (1988.)

Le mandat est déterminé lorsqu'il comprend un ensemble d'actes d'une nature particulière et limitée, soit d'administration, soit de disposition ou d'obligation; il peut comprendre aussi certaines actions à suivre en justice, soit en demandant, soit en défendant ou en intervenant.

Le mandat est spécial lorsqu'il a seulement pour objet un ou plusieurs actes à accomplir, de la nature ci-dessus désignée.

Art. 929

Tout mandat, général, déterminé ou spécial, comprend tacitement les suites nécessaires des actes formant son objet. (1989, 1^{er} al.)

Mais le pouvoir de contracter une obligation de capital ne comprend pas celui de l'acquitter.

Celui de stipuler un capital ne permet pas d'en recevoir le paiement.

Le pouvoir de plaider ne permet pas de nommer des arbitres, ni d'acquiescer à la demande ou de se désister de l'action, ni même de transiger.

Le pouvoir de transiger ne permet pas de déférer la contestation à des arbitres, ni même aux tribunaux. (1989, 2^e al.)

Réciproquement, le pouvoir de nommer des arbitres ne comprend pas celui de transiger, ni même de déférer la contestation aux tribunaux.

Art. 930

Le mandat peut être donné valablement à une personne incapable d'agir pour elle-même; mais le mandataire n'encourt vis-à-vis du mandant que la responsabilité limitée des incapables. (1990.)

Art. 931

Le mandataire peut se substituer quelqu'un pour tout ou partie des actes de sa gestion, si ce pouvoir ne lui a pas été refusé expressément, ou si la nature de l'affaire n'est pas telle qu'elle doive être considérée comme exclusivement confiée au mandataire: il est alors responsable de la gestion de son substitué comme de la sienne propre. (1994, 1^{er} al.) S'il lui a été désigné une personne qu'il pourrait se substituer, il ne peut en choisir une autre, même en cas d'impossibilité de se conformer au choix désigné: s'il s'y est conformé, il n'encourt de responsabilité pour l'incapacité ou l'infidélité du substitué que s'il les a connus assez tôt pour en avertir le mandant ou pour révoquer le substitué.

Au cas de substitution faite malgré la prohibition, ou d'un choix autre que celui qui était autorisé, le mandataire est responsable des dommages, même fortuits ou de force majeure, résultant de cette substitution.

Art. 932

Dans les cas prévus aux deux premiers alinéas de l'article précédent, le mandant peut exercer directement contre le substitué les actions relatives à la gestion de celui-ci, et il est tenu directement envers lui au même titre. (1994, 2^e al.)

Dans les cas de substitution irrégulière prévus par le troisième alinéa au même article, le mandant a le choix entre ladite action directe et l'action indirecte du chef du mandataire; mais l'exercice

de la première emporte ratification de la substitution.

Art. 933

Tant que le mandat n'a pas pris fin par une des causes énoncées à la Section IV, le mandataire est tenu, sous peine de dommages-intérêts, de l'accomplir dans sa forme et teneur, en tenant compte aussi de l'intention du mandat connue de lui, quoique non exprimée. (1991, 1^{er} al.) Si l'exécution totale est impossible, l'exécution partielle n'est obligatoire et permise qu'autant qu'elle est utile au mandant.

Art. 934

Si le mandataire chargé d'acheter pour un prix déterminé n'a pu obtenir la chose qu'à un prix supérieur, il peut, en renonçant à répéter l'excédent, exiger du mandant la ratification de l'achat; le mandant, de son côté, peut exiger la livraison de la chose au prix qui a été payé.

S'il s'agit d'un mandat de vendre et que le mandataire ait vendu au-dessous du prix fixé, il peut faire ratifier la vente, en suppléant la différence.

Art. 935

Le mandataire est tenu d'apporter à l'accomplissement du mandat tous les soins d'un bon administrateur. (1992, 1^{er} al.)

Néanmoins, ses fautes seront appréciées avec moins de rigueur dans les cas suivants:

- 1^o S'il rend le service gratuitement; (Ib., 2^e al.)
- 2^o S'il ne s'est pas offert au mandat;
- 3^o Si son inhabileté était connue ou soupçonnée du mandant;
- 4^o S'il fait quelques autres actes de gestion produisant

pour le mandant un profit inespéré.

Art. 936

Le mandataire est tenu de rendre compte de sa gestion, avec les pièces l'appui, lorsque le mandat a pris fin, et même auparavant, s'il en est requis par le mandant. (1993.)

Art. 937

Il doit restituer au mandant toutes les sommes ou valeurs qu'il a reçues pour le compte de celui-ci ou par suite de sa gestion, lors même qu'elles n'auraient pas été légitimement dues ou qu'il n'aurait pas été autorisé à les recevoir; mais sous la déduction de ce qui lui est dû par le mandant, conformément à la Section suivante. (1993.)

Il y joint le montant des valeurs qu'il a négligé de percevoir ou qu'il a perdues par sa faute, ainsi que les dommages-intérêts dus en vertu des articles précédents.

Art. 938

Le mandataire qui a, sans autorisation, employé à son profit les capitaux du mandant en doit les intérêts de plein droit, à dater de cet emploi, sans préjudice de plus amples dommages-intérêts, s'il y a lieu. A l'égard des sommes dont il est seulement reliquataire, il n'en doit les intérêts qu'à compter de sa mise en demeure. (1996.)

Art. 939

Si plusieurs mandataires ont été constitués pour la même affaire, soit par un seul acte, soit par des actes séparés, chacun n'est responsable que de ses fautes personnelles et il n'y a solidarité entre eux que si elle a été stipulée, ou si les fautes ont été concertées. (1995.)

Art. 940

Le mandataire n'est pas tenu vis-à-vis des tiers de l'exécution des actes qu'il a faits avec eux au nom et pour le compte du mandant, à moins qu'il ne s'y soit soumis expressément, ou qu'il ne se soit présenté à eux comme ayant des pouvoirs qu'il n'avait pas. (1997.)

Art. 941

Le mandat doit:

- 1° Rembourser au mandataire les avances et frais légitimes que celui-ci a déboursés pour l'exécution du mandat, avec les intérêts légaux à partir du jour du déboursement; (1999, 2001.)
- 2° Lui payer le salaire qui a pu être convenu; (1999.)
- 3° L'indemniser des pertes ou dommages qu'il a éprouvés, sans sa faute, par suite ou à l'occasion de sa gestion, en exceptant toutefois les dommages qui ont pu être prévus et motiver, en tout ou en partie, la promesse du salaire; (2000.)
- 4° Lui procurer la décharge ou l'indemnité des engagements personnels qu'il a pu prendre à raison de ladite gestion. (1998, 1^{er} al.)

Art. 942

Le mandataire n'est pas tenu de faire les déboursés prévus à l'article précédent, s'il ne s'y est engagé; mais il ne peut retarder de ce chef l'exécution du mandat, sans avoir fait constater le refus ou le retard du mandant à lui en fournir les moyens nécessaires.

Art. 943

Le salaire n'est dû qu'après que le mandat a été exécuté en entier, à

moins qu'il n'ait été stipulé payable par fractions.

Si l'exécution totale a été empêchée par une cause non imputable au mandataire, le salaire lui est dû en proportion de ce qu'il a fait.

Art. 944

Jusqu'à l'acquittement des obligations du mandant, le mandataire jouit du droit de rétention des choses qu'il détient en vertu du mandat et à raison desquelles il est créancier.

Art. 945

Si le mandat a été constitué par plusieurs personnes pour une affaire commune, soit par un seul et même acte, soit par des actes séparés, chacun des mandants est solidairement tenu des obligations qui précèdent, s'il n'y a stipulation contraire. (2002.)

Art. 946

Le mandant est tenu, envers les tiers avec lesquels le mandataire a traité, de tous les engagements pris en son nom conformément au mandat. (1998, 1^{er} al.)

Il est même tenu de ce qui a été fait au-delà des pouvoirs qu'il a donnés:

1^o S'il a ratifié les actes expressément ou tacitement;

(1998, 2^e al.)

2^o S'il en a profité et dans la mesure dudit profit;

3^o Si les tiers ont été de bonne foi et ont eu de justes motifs de croire aux pouvoirs du mandataire.

Art. 947

Indépendamment de l'exécution du mandat ou de l'impossibilité de

l'exécuter et de l'accomplissement du terme ou de la condition auxquels il pourrait avoir été soumis, le mandat prend fin:

- 1° Par la révocation qu'en fait le mandant;
- 2° Par la renonciation du mandataire;
- 3° Par la mort, la faillite, la déconfiture ou l'interdiction, soit du mandant, soit du mandataire; (2003.)
- 4° Par la cessation, dans la personne du mandataire ou du mandant, de la qualité en vertu de laquelle le mandat a été donné ou accepté.

Art. 948

La révocation du mandat établi dans l'unique intérêt du mandant peut être faite par celui-ci à toute époque et à son gré, même s'il a promis un salaire.

Art. 949

La révocation n'a lieu que pour l'avenir et sans préjudicier à ce qui a été valablement fait jusque-là.

Art. 950

S'il y a plusieurs mandants, la révocation faite par l'un d'eux ne met pas fin au mandat des autres.

Art. 951

La révocation du mandat peut être tacite et résulter, soit de la constitution d'un nouveau mandataire pour la même affaire, soit de la reprise de la gestion par le mandant, ou de toute autre circonstance. (2006.)

Art. 952

La renonciation au mandat par le mandataire, hors le cas où elle est fondée sur une cause légitime ou nécessaire, donne lieu à indemnité en faveur du mandant, si elle lui est préjudiciable. (2007.)

Elle peut aussi être faite tacitement.

Art. 953

Les causes qui mettent fin au mandat, du chef du mandant ou du mandataire, ne sont opposables entre les parties respectivement qu'autant qu'elles leur ont été notifiées ou sont parvenues autrement à leur connaissance d'une manière certaine. (2005 à 2007.)

En cas de décès d'une des parties, la notification en doit être faite par ses héritiers . (2010.)

Art. 954.

Les mêmes causes de cessation du mandat ne sont pas opposables aux tiers qui, depuis lors, ont traité de bonne foi avec le mandataire, lors même que le mandant aurait retiré des mains de celui-ci sa procuration écrite. (2004, 2005, 2008, 2009.)

Art. 955

Lorsque le mandat a pris fin par l'une des causes ci-dessus désignées, le mandataire ou ses héritiers doivent pourvoir aux intérêts déjà engagés du mandant, jusqu'à ce que celui-ci ou ses héritiers puissent y pourvoir par eux-mêmes ou par un nouveau mandataire. (1991, 2010.)

Cette disposition est applicable avec plus de rigueur si la cessation du mandat vient de la renonciation du mandataire que de la révocation par le mandant.

(B) Verhältnis zwischen den beiden Entwürfen zum deutschen BGB
und dem japanischen Zivilgesetzbuch

Schematische Übersicht

Das japanische Zivilgesetzbuch	Der erste Entwurf
§ 99	§ 116 Abs. 1
§ 100	§ 116 Abs. 2
§ 101	§§ 117, 118
§ 102	kein ähnlicher Paragraph
§ 103	kein ähnlicher Paragraph
§ 104	kein ähnlicher Paragraph
§ 105	kein ähnlicher Paragraph
§ 106	kein ähnlicher Paragraph
§ 107	kein ähnlicher Paragraph
§ 108	kein ähnlicher Paragraph
§ 109	§§ 120 Abs. 1, 121 Abs. 1
§ 110	kein ähnlicher Paragraph
§ 111	§ 119 Abs. 3
§ 112	§ 120 Abs. 2
§ 113	§ 123 Abs. 1, 3
§ 114	§ 123 Abs. 3
§ 115	§§ 123 Abs. 2, 124
§ 116	§ 127 Abs. 4
§ 117	§ 125
§ 118	§ 126

Das japanische Zivilgesetzbuch	Der zweite Entwurf
§ 99	§ 134 Abs. 1
§ 100	§ 134 Abs. 2

§ 101	§ 136
§ 102	§ 135
§ 103	kein ähnlicher Paragraph
§ 104	kein ähnlicher Paragraph
§ 105	kein ähnlicher Paragraph
§ 106	kein ähnlicher Paragraph
§ 107	kein ähnlicher Paragraph
§ 108	§ 149
§ 109	§§ 140 Abs. 1, 141 Abs. 1
§ 110	kein ähnlicher Paragraph
§ 111	§ 138 Abs. 1
§ 112	§ 142
§ 113	§ 145 Abs. 1
§ 114	§ 145 Abs. 1
§ 115	§ 145 Abs. 2
§ 116	§ 152
§ 117	§ 146
§ 118	§ 148

(C) Verhältnis zwischen dem deutschen BGB, dem französischen Code civil und dem japanischen Zivilgesetzbuch

Schematische Übersicht

Das japanische Zivilgesetzbuch	Das deutsche BGB
§ 99	§ 164 Abs. 1
§ 100	§ 164 Abs. 2
§ 101	§ 166

§ 102	§ 165
§ 103	kein ähnlicher Paragraph
§ 104	kein ähnlicher Paragraph
§ 105	kein ähnlicher Paragraph
§ 106	kein ähnlicher Paragraph
§ 107	kein ähnlicher Paragraph
§ 108	§ 181
§ 109	§§ 170 - 173
§ 110	kein ähnlicher Paragraph
§ 111	§ 168
§ 112	§§ 169 - 173
§ 113	§ 177 Abs. 1
§ 114	§ 177 Abs. 2
§ 115	§ 178
§ 116	§ 184
§ 117	§ 179
§ 118	§ 180

Das japanische Zivilgesetzbuch

Der französische Code civil

§ 99	§ 1998
§ 100	kein ähnlicher Paragraph
§ 101	kein ähnlicher Paragraph
§ 102	§ 1990
§ 103	§ 1988
§ 104	kein ähnlicher Paragraph
§ 105	kein ähnlicher Paragraph
§ 106	kein ähnlicher Paragraph
§ 107	kein ähnlicher Paragraph

§ 108	§ 1596
§ 109	kein ähnlicher Paragraph
§ 110	kein ähnlicher Paragraph
§ 111	§ 2003
§ 112	§§ 2005, 2009
§ 113	kein ähnlicher Paragraph
§ 114	kein ähnlicher Paragraph
§ 115	kein ähnlicher Paragraph
§ 116	kein ähnlicher Paragraph
§ 117	kein ähnlicher Paragraph
§ 118	kein ähnlicher Paragraph

(D) Analyse

Falls ein Rechtsgeschäft nicht vom Vertretenen selbst getätigt werden konnte, war es dem Vertretenen zur Zeit der frühen Meiji-Periode möglich, entsprechend den "Vorschriften für juristische Vertreter" (1873) eine andere Person als seinen Vertreter zu benennen. Das Verhältnis zwischen dem Vertretenen und dem Vertreter wurde als Mandat angesehen. Obwohl der Vertreter eine Bevollmächtigung, versehen mit dem beglaubigten Siegel des Vertretenen, benötigte, bevor er Verträge abschließen konnte, war diese Vollmacht nicht nötig, wenn der Vertreter über ein übliches Geschäft am Geschäftsort des Vertretenen verfügte. Ob vom Vertreter erwartet wurde, daß er als Vertreter oder teilweiser Vertreter handelte und welche Befugnisse ihm übertragen waren, mußte in der Bevollmächtigung deutlich angegeben werden. Um als Vertreter zu handeln, mußte die Person mindesten 21 Jahre alt sein. Obwohl diese Vorschriften betreffend der Vertreter sehr wahrscheinlich

durch stetige Zunahme von kaufmännischen Geschäften und besonders durch wachsenden internationalen Handel veranlaßt waren, gab es in diesen Bestimmungen noch keine Vorschriften für den Schutz des Dritten. ²⁴⁾

Juristische Vertreter werden im Boissonade-Entwurf auch behandelt (§§ 925 - 955), aber der größte Wert wird dabei auf die Beziehung zwischen dem Vertretenen und seinem Vertreter gelegt. Im Gegensatz zum Boissonade-Entwurf legt das Neue Gesetz (§§ 99 - 118) nachdrücklich Wert auf das Verhältnis zwischen dem Dritten und dem Vertretenen und seinem Vertreter. Somit wird nach dem Neuen Gesetz (§ 99) eine Willenserklärung, die vom Vertreter im Rahmen seiner Befugnisse gemacht ist, und die zeigt, daß er für seinen Vertretenen handelt, sofort für oder gegen den Vertretenen rechtswirksam. Der Boissonade-Entwurf zeigt, daß er ganz in der Denkweise des französischen Rechts beheimatet ist, das bekanntlich auf der Einheit von Mandat und Vertretungsmacht beruht. Die Vorschriften der §§ 99 ff. des japanischen Zivilgesetzbuches lehnen sich demgegenüber in maßgeblicher Hinsicht ganz eng an deutsche Rechtsvorstellungen an. So erkennt man u.a. sofort die Konzeption P. Labands wieder, der die Vertretungsmacht vom Kausalverhältnis des Vertreters zum Vertretenen losgelöst hat. ²⁵⁾

Zum Schutz des Dritten schließt das Neue Gesetz drei Artikel (§§ 109, 110, 112) ein. Diese drei Artikel sind sehr charakteristisch für das Neue Gesetz. In § 109 finden wir Einflüsse der Entwürfe zum deutschen BGB, ²⁶⁾ in § 110 Einflüsse von § 946 Abs. 2 Satz 3 des Boissonade-Entwurfs, ²⁷⁾ in § 112 Einflüsse von § 954 des Boissonade-Entwurfs. ²⁸⁾ Auch die Unterbevollmächtigung (§§ 104 - 107), eine für das japanische Zivilgesetzbuch typische Art der Vertretung weist Spuren von §§ 931, 932 des Boissonade-Entwurfs auf. ²⁹⁾ Der Vertreter muß weder nach dem Boissonade-Entwurf (§ 930) noch nach dem Neuen Gesetz (§ 102) geschäftsfähig sein.

§ 109, dessen Gedanke eigentlich vom BGB eingeführt wurde, zeigt auch Einfluß vom Code civil, der zwischen Vertretung und Mandat nicht unterscheidet, und das erkennt man vor allem daran, daß Ermächtigung als einseitiges Rechtsgeschäft darin nicht deutlich genannt ist. Ob Ermächtigung der Vertretung als einseitiges Rechtsgeschäft erteilt wird oder als Mandat, war ein Streitpunkt zwischen den Verfassern unseres Zivilgesetzbuches. Tomii, der eigentlich französisches Recht studiert hatte, und auch gute Kenntnisse in deutscher Rechtswissenschaft besaß, besteht auf einseitigem Rechtsgeschäft, aber Hozumi und Ume bestehen auf Mandat. Nach einer Auseinandersetzung kamen beide Seiten zu einem Vergleichsvorschlag, der das Wort "Mandat" enthielt. Hiermit dachte Tomii, sein Vorschlag sei angenommen, und Hozumi und Ume ihrerseits glaubten, ihr Gedanke sei hier angenommen. Dieses Wort wurde später infolge der Beratung über § 109 gestrichen. Ob sich durch die Streichung dieses Worts § 109 dem Vorschlag von Tomii näherte, ist jedoch unklar. 30)

Obwohl Ume hinsichtlich § 110 behauptete, dergleiche Vorschriften gebe es in vielen Ländern, ³¹⁾ enthalten jedoch zumindest der Code civil und das BGB keine entsprechende Bestimmung. Also werden bei seiner Abfassung nur der Boissonade-Entwurf (§ 946 2^e al. 3^o), das Alte Handelsgesetzbuch, das Zivilgesetzbuch von Montenegro und das Allgemeine Deutsche Handelsgesetzbuch (§ 43) in Betracht gezogen. 32)

Nach dem schweizerischen Obligationenrecht und dem BGB-Entwurf kann der Verfall der Vertretungsmacht, wenn es dem Dritten nicht mitgeteilt wird, nicht gültig werden. Da in diesem Fall der Dritte nicht genug geschützt werden könnte, wurde in § 112 nach dem Code civil und anderen Beispielen vorgeschrieben, daß die Vertretungsmacht auf Grund der Vorschrift von § 111 verfalle, und daraufhin wurde zu demselben Paragraphen

nach dem Vorbild von § 954 des Boissonade-Entwurfs die Vorschrift für den Schutz des Dritten hinzugefügt. 33)

Ob man Unterbevollmächtigung der Vertretung anerkennen soll, darin urteilen ausländische Gesetzgebungen verschiedentlich, z.B. im Boissonade-Entwurf wurde sie anerkannt (§ 931). Im allgemeinen wählt man jemanden zu seinem Vertreter, nur wenn der Vertretene ihn für die Vertretung fähig hält. Also widerspricht es dem Wesen der Vertretung, wenn der Vertreter nach seinem Belieben weiter einen Unterbevollmächtigten beauftragt. Daher wurden bei der Gesetzgebung von §§ 104 - 107 die betreffenden Vorschriften des Boissonade-Entwurfs geändert und wie in § 104 wurde die Unterbevollmächtigung beschränkt. 34)

§ 12 Nichtigkeit und Anfechtung

(A) Das japanische Zivilgesetzbuch und der Boissonade-Entwurf

Das japanische Zivilgesetzbuch

§ 119

Ein nichtiges Rechtsgeschäft wird durch die Bestätigung nicht wirksam.
Wird das Rechtsgeschäft aber von den Parteien in Kenntnis der Nichtigkeit bestätigt, so ist dies als eine erneute Vornahme anzusehen.

§ 120

Ein anfechtbares Rechtsgeschäft kann nur von einem Geschäftsunfähigen oder demjenigen, dessen Willenserklärung einem Willensmangel unterworfen war, sowie deren Vertretern oder Rechtsnachfolgern angefochten werden.
Ein von einer Ehefrau vorgenommenes Rechtsgeschäft kann auch vom Ehemann angefochten werden.

§ 121

Ein angefochtenes Rechtsgeschäft ist als von Anfang an nichtig anzusehen.
Ein Geschäftsunfähiger ist jedoch nur nach Maßgabe seiner aus dem Rechtsgeschäft noch vorhandenen Bereicherung zur Rückgabe verpflichtet.

§ 122

Wird ein anfechtbares Rechtsgeschäft von den in § 120 angeführten Personen bestätigt, so ist es, unbeschadet der Rechte von Dritten, als von Anfang an gültig anzusehen.

§ 123

Ist bei einem anfechtbaren Rechtsgeschäft ein bestimmter Anfechtungsgegner vorhanden, so erfolgt die Anfechtung oder die Bestätigung durch die Willenserklärung diesem gegenüber.

§ 124

- (1) Die Bestätigung ist nur dann wirksam, wenn sie nach dem Wegfall der die Anfechtung begründenden Umstände erfolgt.
- (2) Ein Entmündigter kann eine Bestätigung erst vornehmen, nachdem er die Geschäftsfähigkeit wiedererlangt und vom Rechtsgeschäft in Kenntnis gesetzt ist.
- (3) Die Bestimmungen der beiden vorstehenden Absätze finden keine Anwendung auf die Bestätigung, die vom Ehemann oder dem gesetzlichen Vertreter vorgenommen wird.

§ 125

Die Bestätigung gilt als erteilt, wenn nach dem in § 124 angegebenen Zeitpunkt für die Zulässigkeit einer wirksamen Bestätigung die folgenden Handlungen mit Bezug auf das anfechtbare Rechtsgeschäft ohne Vorbehalt vorgenommen werden:

1. gänzliche oder teilweise Erfüllung;
2. Geltendmachung des Anspruchs auf Erfüllung;
3. Abschluß eines Neuerungsvertrags;
4. Leistung einer Sicherheit;
5. gänzliche oder teilweise Übertragung der aus dem anfechtbaren Rechtsgeschäft erworbenen Rechte;
6. Ausführung der Zwangsvollstreckung.

§ 126

Wird das Anfechtungsrecht innerhalb von fünf Jahren seit der Zeit, wo die Bestätigung erteilt werden konnte, nicht ausgeübt, so erlischt es durch die Verjährung. Dasselbe gilt nach Ablauf von zwanzig Jahren seit der Vornahme des Rechtsgeschäfts.

Der Boissonade-Entwurf

Art. 566

Les obligations contractées par les incapables ou par les personnes dont le consentement a été donné par erreur, extorqué par violence ou surpris par le dol de l'autre partie, peuvent être rescindées ou annulées en justice, pendant cinq ans, soit sur leur demande ou sur celle de leur représentant, soit sur l'exception de nullité par eux opposée à l'action pour l'exécution. (1304, 1^{er} al.)

Le même délai est accordé aux majeurs pour l'exercice de l'action en rescision pour lésion, ou pour opposer l'exception de lésion; sauf les cas particuliers où la loi les soumet à un délai plus court.

Art. 567

Le délai de cette prescription est suspendu: dans le cas de violence, jusqu'à ce qu'elle ait cessé; dans le cas d'erreur jusqu'à ce qu'elle ait été reconnue; dans le cas de dol, jusqu'à ce qu'il ait été découvert; dans le cas d'incapacité, jusqu'à ce qu'elle ait cessé; (1304, 2^e et 3^e al.)

Toutefois, s'il s'agit de conventions passées avec un interdit pour démente ou avec un aliéné, la prescription ne commence à courir qu'après que l'acte qu'ils ont souscrit leur a été notifié en substance ou est parvenu à leur connaissance, depuis qu'ils ont recouvré la capacité. (Loi fr. du 30 juin 1838, art. 39.)

A l'égard des condamnés interdits légalement, l'action et l'exception de nullité ne se prescrivent, tant pour eux que contre eux, qu'à partir de l'expiration de leur peine.

Dans le cas de lésion d'un majeur, la prescription commence à courir du jour du contrat.

Les causes ordinaires de suspension et d'interruption de la prescription libératoire sont, en outre, applicables à la présente prescription.

Art. 568

Si la personne à laquelle appartenait l'action en nullité est décédée avant l'expiration du susdit délai, l'action passe à ses héritiers. Elle se prescrit, à l'égard de ceux-ci, à partir de l'ouverture de leur droit, si le délai n'avait pas encore commencé à courir contre le défunt et, dans le cas contraire, par le rest du temps non encore écoulé; (C. it., 1311.)

Sans préjudice de la suspension de prescription établie à l'article 1471 bis.

Art. 569

Les conventions et actes faits par le tuteur, relativement aux biens du mineur ou de l'interdit peuvent être rescindés si les formes et conditions prescrites par la loi dans l'intérêt de l'incapable n'ont pas été observées. (1314.)

Il en est de même des actes faits par l'interdit dans tous les cas, par le mineur sans les formes requises, et par le prodigue ou le faible d'esprit sans l'assistance de leur conseil judiciaire; (502.)

Sans préjudice des actions en rescision ou en nullité pour les causes qui ouvrent ces actions aux personnes capables.

Art. 570

A l'égard des conventions ou actes pour lesquels aucune forme ou condition particulière n'est requise, s'ils ont été consentis par le mineur seul, l'action en rescision n'est recevable que s'il y a eu pour lui une lésion ou un préjudice appréciable en argent ou autrement. Pareillement, les actes de même nature passés par le mineur émancipé sans l'assistance de son curateur, lorsqu'elle était seule requise par la loi, ne sont attaquables que pour lésion. (1305.)

La lésion s'apprécie au moment où l'acte a été passé: il n'est pas tenu compte de celle qui résulte d'un événement casuel et imprévu. (1306.)

Art. 571

La simple déclaration de majorité faite par le mineur ne fait pas obstacle à sa restitution pour incapacité ou pour lésion, s'il n'a pas d'ailleurs usé de manoeuvres frauduleuses pour faire croire à sa majorité. (1307.)

Il en est de même pour les fausses déclarations des autres incapables.

Art. 572

Les mineurs émancipés autorisés à faire le commerce ou à exercer une industrie sont réputés majeurs pour les actes relatifs à leur commerce ou à leur industrie. (487, 1308.)

Toutefois, ils ne peuvent aliéner leurs immeubles que conformément au droit commun de la minorité. (C. com. fr., 2.)

Art. 573

Les actes et engagements de la femme mariée ne peuvent être rescindés, sur sa demande ou sur celle du mari, que dans les cas déterminés par la loi, au sujet des Droits et Devoirs respectifs des Epoux. (1124, 1125.)

Art. 574

Le majeur qui a obtenu la rescision d'un acte ou engagement, pour vice de consentement ou pour lésion, est tenu de restituer tout ce qu'il a reçu par suite dudit acte.

S'il s'agit d'un incapable, il n'est tenu de restituer que ce dont il se trouve encore enrichi par suite de l'acte annulé. (1312.)

Lesdites actions en restitution ne s'éteignent que par la prescription ordinaire.

Art. 575

Les aliénations d'immeubles viciées par incapacité, par erreur ou violence, ou sujettes à rescision pour lésion, peuvent être annulées contre les tiers acquéreurs, sous les distinctions et conditions portées aux articles 372 et 373.

Art. 576

Le défendeur à l'action en rescision pour lésion peut en arrêter l'effet, jusqu'à ce que le jugement du fait soit devenu inattaquable, en offrant au demandeur l'indemnité entière de la lésion justifiée et les frais de justice. (891, 1681; C. it., 1534.)

Art. 577

Indépendamment de la prescription établie par les articles 566 à 568, l'action en nullité ou en rescision ne peut plus être exercée lorsque la partie intéressée a confirmé la convention annulable, soit expressément, soit tacitement, après le moment où la prescription a commencé à courir, conformément à l'article 567. (1311, 1338. 2^e al.)

Art. 578

La confirmation expresse résulte d'un acte formel relatant la substance de la convention annulable, indiquant la cause de la rescision dont elle est entachée et déclarant la volonté de renoncer à la demande en nullité. (1338, 1^{er} al.)

Si l'acte est entaché de plusieurs vices, la confirmation expresse n'en efface que celui ou ceux qui ont été spécialement relatés.

Les actes rescindables pour lésion au profit de majeurs ne sont susceptibles que de confirmation expresse et à condition que ladite confirmation n'ait pas lieu dans l'acte même sujet à rescision. (888, 2^e al., 1624.)

Art. 579

La présomption de confirmation tacite résulte de l'exécution volontaire, soit totale, soit partielle, de la convention, ou même de l'exécution forcée, sans protestations ni réserves; elle résulte aussi de la novation et de la dation volontaire d'une garantie réelle ou personnelle; elle résulte encore, pour le créancier, de la demande en justice à fin d'exécution et de l'aliénation volontaire de tout ou partie des choses acquises par une convention annulable. (1338, 2^e al.)

Les autres cas de confirmation tacite sont laissés à l'appréciation des tribunaux.

Art. 580

La confirmation ne peut nuire aux ayant-cause particuliers de celui auquel appartenait l'action en nullité, lorsque leurs droits sont subordonnés à l'exercice de ladite action. (1338, 3^e al., in fine.)

Art. 581

Les actes radicalement nuls ne peuvent être confirmés; sauf ce qui est dit à l'article 591, au sujet de la reconnaissance, par les héritiers,

d'une obligation naturelle résultant d'une donation ou d'un testament de leur auteur nuls en la forme. (1339, 1340.)

Art. 582

L'action ayant pour objet le redressement d'une erreur de calcul, de nom, de date ou de lieu d'un acte est imprescriptible; sans préjudice de la prescription des droits qui en dépendent. (2058.)

(B) Verhältnis zwischen den beiden Entwürfen zum deutschen BGB
 und dem japanischen Zivilgesetzbuch

Schematische Übersicht

Das japanische Zivilgesetzbuch

§ 119

§ 120

§ 121

§ 122

§ 123

§ 124

§ 125

§ 126

Der erste Entwurf

§ 110 Abs. 1

kein ähnlicher Paragraph

§ 112

§§ 80, 81, 127 Abs. 4, 113 Abs. 2

§ 113 Abs. 1

kein ähnlicher Paragraph

kein ähnlicher Paragraph

§§ 115, 118, 151

Das japanische Zivilgesetzbuch

§ 119

§ 120

§ 121

§ 122

§ 123

Der zweite Entwurf

§ 110 Abs. 1

kein ähnlicher Paragraph

§ 113 Abs. 1

§ 104

§ 114 Abs. 1

§ 124	kein ähnlicher Paragraph
§ 125	kein ähnlicher Paragraph
§ 126	§§ 96, 99

(C) Verhältnis zwischen dem deutschen BGB, dem französischen
Code civil und dem japanischen Zivilgesetzbuch

Schematische Übersicht

Das japanische Zivilgesetzbuch

§ 119

§ 120

§ 121

§ 122

§ 123

§ 124

§ 125

§ 126

Das deutsche BGB

§ 141 Abs. 1

kein ähnlicher Paragraph

§ 142 Abs. 1

§§ 141 Abs. 2, 144, 184

§§ 143, 144

kein ähnlicher Paragraph

kein ähnlicher Paragraph

§§ 121, 124

Das japanische Zivilgesetzbuch

§ 119

§ 120

§ 121

§ 122

§ 123

§ 124

§ 125

§ 126

Der französische Code civil

§§ 1339, 1340

§ 1117

§ 1312

§§ 1115, 1311, 1338 Abs. 3

kein ähnlicher Paragraph

§§ 1115, 1311

§§ 1338 Abs. 2, 892

§ 1304

(D) Analyse

Während im Boissonade-Entwurf nur Anfechtung unter einem Titel "CHAPITRE III. De l'Extinction des obligations, SECTION VII. De la Rescision ou Nullité" geregelt sind (§§ 566 - 582), werden im Neuen Gesetz nicht nur Anfechtung, sondern auch Nichtigkeit entsprechend dem sächsischen BGB und den Entwürfen zum deutschen BGB in einem eigenen Titel des Allgemeinen Teils behandelt (§§ 119 - 126), womit sie für alle Rechtsgeschäfte anwendbar sind. 35)

§ 13 Bedingung und Zeitbestimmung

(A) Das japanische Zivilgesetzbuch und der Boissonade Entwurf

Das japanische Zivilgesetzbuch

§ 127

- 1) Ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung erlangt mit dem Eintritt der Bedingung seine Wirkung.
- (2) Ein Rechtsgeschäft unter einer auflösenden Bedingung verliert mit dem Eintritt der Bedingung seine Wirkung.
- (3) Haben die Parteien den Willen erklärt, die Wirkung des Eintritts der Bedingung auf einen früheren Zeitpunkt zurückzubeziehen, so ist dieser Wille maßgebend.

§ 128

Wer an einem Rechtsgeschäft unter einer Bedingung beteiligt ist, darf während der Schwebezeit der Bedingung keine Handlung vornehmen, die den vom Eintritt der Bedingung zu erwartenden Gewinn des anderen Teils beeinträchtigen würde.

§ 129

Während der Schwebezeit der Bedingung können die Parteien nach den allgemeinen Bestimmungen über ihre Rechte und Pflichten verfügen, sie vererben, Erhaltungsmaßnahmen treffen und Sicherheiten leisten.

§ 130

Wird der Eintritt der Bedingung von der Partei, zu deren Nachteil es gereichen würde, vorsätzlich verhindert, so kann die Bedingung vom

anderen Teil als eingetreten angesehen werden.

§ 131

- (1) Ist die Bedingung bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts schon eingetreten, so wird das Rechtsgeschäft bei einer aufschiebenden Bedingung zu einem unbedingten, bei einer auflösenden Bedingung zu einem nichtigen Rechtsgeschäft.
- (2) Ist bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts bereits sicher, daß die Bedingung nicht eintritt, so ist ein unter einer aufschiebenden Bedingung vorgenommenes Rechtsgeschäft nichtig, ein unter einer auflösenden Bedingung vorgenommenes Rechtsgeschäft als unbedingtes anzusehen.
- (3) Solange in den Fällen der beiden vorstehenden Absätze die Parteien über den Eintritt oder Nichteintritt der Bedingung nicht unterrichtet sind, finden die Vorschriften der §§ 128 und 129 entsprechende Anwendung.

§ 132

Ein Rechtsgeschäft, das unter einer rechtswidrigen Bedingung vorgenommen wird, ist nichtig; dasselbe gilt von einem Rechtsgeschäft, das zur Bedingung das Unterlassen einer rechtswidrigen Handlung macht.

§ 133

- (1) Ein Rechtsgeschäft, das unter einer unmöglichen aufschiebenden Bedingung vorgenommen wird, ist nichtig.
- (2) Ein Rechtsgeschäft, das unter einer unmöglichen auflösenden Bedingung vorgenommen wird, gilt als unbedingtes.

§ 134

Ein Rechtsgeschäft unter einer aufschiebenden Bedingung ist nichtig, wenn die Bedingung ausschließlich vom Willen des Schuldners abhängig ist.

§ 135

- (1) Ist für ein Rechtsgeschäft ein Anfangstermin bestimmt worden, so kann bis zum Eintritt des Termins der Anspruch auf Erfüllung des Rechtsgeschäfts nicht geltend gemacht werden.
- (2) Ist einem Rechtsgeschäft ein Endtermin beigelegt, so erlischt die Wirkung des Rechtsgeschäfts mit dem Eintritt des Termins.

§ 136

- (1) Es wird vermutet, daß eine Zeitbestimmung zugunsten des Schuldners dienen soll.
- (2) Auf den Vorteil, den die Zeitbestimmung gewährt, kann, soweit der andere Teil dadurch nicht beeinträchtigt wird, Verzicht geleistet werden.

§ 137

In folgenden Fällen kann der Schuldner den Vorteil aus einer Zeitbestimmung nicht für sich in Anspruch nehmen:

1. wenn er in Konkurs gerät;
2. wenn er die bestellte Sicherheit vernichtet oder entwertet;
3. wenn er die ihm obliegende Pflicht zur Sicherheitsleistung nicht erfüllt.

L'obligation est pure et simple, lorsque son existence est assurée et que son exigibilité est immédiate, dès l'instant où elle est formée.

Art. 423

L'obligation est à terme, lorsque le créancier ne peut agir avant un certain temps ou avant un événement déterminé qui ne peut manquer d'arriver, lors même que l'époque en serait incertaine. (1185.)

Le terme est dit "de droit", lorsqu'il est établi par les parties ou accordé par la loi.

S'il a été dit que le débiteur payera "quand il pourra" ou "quand il voudra", le tribunal, sur la demande du créancier, fixe un délai pour l'exécution, d'après les circonstances et l'intention présumée des parties; sans préjudice du cas où les parties auraient entendu constituer une rente perpétuelle. (1901.)

Art. 424

Le débiteur peut renoncer au bénéfice du terme et exécuter son obligation avant l'échéance, à moins qu'il ne soit prouvé, par la stipulation ou par les circonstances du fait, que le terme a été établi dans l'intérêt des deux parties ou du créancier exclusivement; dans ce dernier cas, le créancier peut également renoncer au terme. (1187.)

Le cas où la partie a payé par erreur avant l'échéance du terme est réglé par l'article 386. (1186.)

Art. 425

Le débiteur est déchu du bénéfice du terme de droit, dans les cas suivants:

- 1° S'il est tombé en faillite ou devenu notoirement insolvable; (1188.)

2^o S'il a aliéné la majeure partie de ses biens ou si celle-ci est saisie par d'autres créanciers; (Comp. c. pr. civ. fr., 124.)

3^o S'il a détruit ou diminué les sûretés particulières qu'il a fournies, ou manqué à fournir celles qu'il a promises; (1188, 1912 - 2^o.)

4^o S'il manque à payer les intérêts compensatoires. (1912 - 1^o.)

La déchéance du terme n'a pas lieu de plein droit: elle doit être demandée en justice.

Art. 426

Soit qu'il y ait eu, ou non, un terme de droit, et lors même qu'il y aurait titre exécutoire, les tribunaux peuvent accorder au débiteur, sur sa demande, un délai de grâce modéré, s'il est malheureux et de bonne foi et si le créancier ne doit pas en éprouver un préjudice sérieux. (1244.)

Ils peuvent aussi, aux mêmes conditions, autoriser l'exécution de la dette par parties. (Ib.)

Toute stipulation contraire est nulle.

Art. 427

Le débiteur qui a obtenu un délai de grâce en est déchu, sur la demande du créancier, pour les causes prévues à l'article 425 et, en outre:

1^o S'il est en fuite ou si, ayant quitté son domicile, il dissimule sa résidence à son créancier;

2^o S'il est condamné à un emprisonnement correctionnel d'un an ou plus; (C. pr. civ. 124.)

3^o S'il a manqué à remplir l'une des conditions à lui

imposées par le jugement;

4° S'il est devenu lui-même créancier de son créancier, dans un cas où la compensation légale est admise. (1292.)

Le délai de grâce ne peut être prorogé par le tribuna. (C. pr. civ., 122 .)

Art. 428

L'obligation est sous condition, lorsque les parties ou la loi font dépendre sa naissance ou sa résolution d'un événement futur et incertain; la condition est dite "suspensive" dans le premier cas et "résolutoire" dans le second. (1168, 1181, 1183.)

Les droits réels, principaux ou accessoires, peuvent être également soumis à une condition suspensive ou résolutoire.

Art. 429

La condition suspensive, lorsque l'événement prévu est accompli, rétroagit au jour de la convention. (1179, 1^{er} al.)

L'accomplissement de la condition résolutoire remet les parties dans la situation où elles étaient respectivement avant la convention. (1183, 1^{er} al.)

Art. 430

Tant que la condition suspensive ou résolutoire n'est pas accomplie, chacune des parties peut conférer sur l'objet de la convention des droits subordonnés à la même condition que le sien. (2125.)

Toutefois, la condition n'est opposable par une partie ou ses ayant-cause aux ayant-cause de l'autre que si la condition a été révélée à ceux-ci, au moyen de la publicité prescrite par les articles 367 et suivants.

Art. 431

Les actes d'administration faits de bonne foi et en conformité à la loi, par celui dont les droits sont sujets à résolution, sont maintenus au profit de tiers.

A l'égard des jugements intervenus entre les tiers et la partie dont le droit est résoluble, ils peuvent être invoqués par l'autre partie ou ses ayant-cause; mais ils ne peuvent être opposés aux mêmes personnes, si elles n'ont pas été appelées à y contredire; sauf le cas où les jugements ne concerneraient que les actes d'administration.

Art. 432

Lorsque la condition est accomplie, celle des parties qui doit livrer ou restituer une chose ou une somme d'argent doit en fournir les fruits ou intérêts perçus ou échus dans l'intervalle, à moins que la preuve d'une intention contraire des parties ne résulte des circonstances.

Art. 433

La convention est nulle si son objet principal est subordonné à une condition impossible ou illicite. (1172.)

La condition est illicite quand elle doit, soit, profiter à une partie parce qu'elle aura accompli un acte défendu ou se sera abstenue d'un devoir, soit lui nuire parce qu'elle se sera abstenue d'un acte défendu ou aura accompli un devoir. (1133.)

Si la condition impossible ou illicite ne concerne qu'un effet accessoire de la convention, la clause qui en dépend est seule non avenue.

Art. 434

La condition casuelle et celle qui dépend de la volonté d'une des parties sont réputées accomplies, lorsque c'est l'autre partie qui en a empêché l'accomplissement. (1178.)

Art. 435

Si la condition est potestative ou dépendant de la seule volonté de l'une des parties, l'autre partie peut demander au tribunal la fixation d'un délai, passé lequel la condition sera réputée défaillie si le fait n'est pas accompli.

Art. 436

Si la condition positive a été limitée à un temps fixe, soit par les parties, soit par le tribunal, elle est réputée défaillie lorsque ce temps s'est écoulé sans que l'événement soit arrivé; elle est également défaillie, soit qu'il y ait ou non un temps fixé pour l'accomplissement de la condition, dès qu'il est devenu certain que l'événement ne peut s'accomplir. (1176.)

La condition négative limitée à un temps fixe est réputée accomplie lorsque l'événement prévu n'est pas arrivé dans le temps fixé; elle est encore réputée accomplie, soit qu'il y ait ou non un temps fixé, dès qu'il est devenu certain que l'événement n'arrivera pas. (1177.)

Dans l'un et l'autre cas, le délai fixé par les parties ne peut être prorogé par le tribunal.

Art. 437

Si l'une des parties ou toutes les deux sont décédées avant que la condition soit accomplie ou défaillie, la convention subsiste, activement ou passivement, à l'égard de leurs héritiers; à moins que la condition ne soit, par sa nature ou par l'intention des parties, attachée ou imposée à la personne même du stipulant ou du promettant. (1179, 2^e al.)

Art. 438

Les autres questions relatives au point de savoir comment les conditions

doivent être remplies, et quand elles peuvent être considérées comme accomplies ou défaillies, se décident d'après l'intention expresse ou tacite des parties; il en est de même au sujet de l'effet que peut avoir leur accomplissement partiel. (1175.)

Art. 439

Si, avant l'accomplissement de la condition suspensive, la chose promise a péri en totalité ou pour plus de moitié de sa valeur, sans la faute du promettant, la convention est réputée non avenue et il ne peut être rien exigé de part ni d'autre.

En sens inverse, si la promesse a été faite sous condition résolutoire, la même perte ou détérioration est à la charge du stipulant dont le droit devient irrévocable, sans qu'il puisse exiger aucune restitution.

Si, dans les mêmes cas, la perte ou détérioration n'excède pas la moitié de la valeur, l'accomplissement de la condition produira les effets convenus. (Comp. 1182.)

Art. 440

En cas de perte partielle ou détérioration imputable à l'une des parties, l'autre peut, à son choix, demander l'exécution de la convention avec indemnité, ou la résolution avec dommages-intérêts. (1182, 4^e al.)

Art. 441

Dans tout contrat synallagmatique, la condition résolutoire est toujours sous-entendue au profit de la partie qui a exécuté ses obligations ou qui offre de le faire, pour le cas où l'autre partie ne remplirait pas les siennes en entier.

Dans ce cas, la résolution n'a pas lieu de plein droit: elle doit être demandée en justice par la partie lésée; mais le tribunal peut accorder

à l'autre un délai de grâce, conformément à l'article 426. (1184.)

Art. 442

Les parties peuvent, par convention formelle, exclure ladite résolution. Elles peuvent aussi convenir expressément qu'elle aura lieu de plein droit contre la partie constituée en demeure d'exécuter; mais celle-ci ne peut se prévaloir de la résolution opérée que si l'autre partie l'invoque: contre elle. (1656.)

Art. 443

La partie lésée par l'inexécution peut renoncer à la résolution, tant qu'elle n'a pas formé sa demande en justice, dans le cas de la résolution tacite, ou déclaré se prévaloir de la résolution expresse.

Art. 444

La partie qui demande la résolution en justice ou invoque la résolution opérée de plein droit, peut, en outre, obtenir la réparation du préjudice éprouvé. (1184, 2^e al.)

Art. 445

La partie dont le droit est subordonné à une condition suspensive ou dont l'action est retardée par un terme de droit ou de grâce peut néanmoins prendre, dans l'intervalle, toutes les mesures conservatoires de son droit, telles qu'elles sont réglées, tant au présent Code qu'au Code de Procédure civile. (1180.)

Art. 446

Les conditions suspensives ou résolutoires potestatives spécialement usitées dans le contrat de vente sont réglées aux articles 666 à 669.

- (B) Verhältnis zwischen den beiden Entwürfen zum deutschen BGB
und dem japanischen Zivilgesetzbuch

Schematische Übersicht

Das japanische Zivilgesetzbuch	Der erste Entwurf
§ 127	§§ 128 - 130
§ 128	§§ 134, 135
§ 129	§§ 134, 135
§ 130	§ 136
§ 131	§ 137
§ 132	kein ähnlicher Paragraph
§ 133	kein ähnlicher Paragraph
§ 134	kein ähnlicher Paragraph
§ 135	§§ 141, 142
§ 136	§ 231 Abs. 1
§ 137	kein ähnlicher Paragraph

Das japanische Zivilgesetzbuch	Der zweite Entwurf
§ 127	§§ 128, 129
§ 128	§§ 130, 131
§ 129	§§ 130, 131
§ 130	§ 132
§ 131	kein ähnlicher Paragraph
§ 132	kein ähnlicher Paragraph
§ 133	kein ähnlicher Paragraph
§ 134	kein ähnlicher Paragraph
§ 135	§ 133
§ 136	§ 227 Abs. 2

§ 137

kein ähnlicher Paragraph

(C) Verhältnis zwischen dem deutschen BGB, dem französischen
Code civil und dem japanischen Zivilgesetzbuch

Schematische Übersicht

Das japanische Zivilgesetzbuch

Das deutsche BGB

§ 127

§§ 158, 159

§ 128

§§ 160, 161

§ 129

§§ 160, 161

§ 130

§ 162

§ 131

kein ähnlicher Paragraph

§ 132

kein ähnlicher Paragraph

§ 133

kein ähnlicher Paragraph

§ 134

kein ähnlicher Paragraph

§ 135

§ 163

§ 136

§ 271 Abs. 1

§ 137

kein ähnlicher Paragraph

Das japanische Zivilgesetzbuch

Der französische Code civil

§ 127

§§ 1168, 1181, 1183

§ 128

kein ähnlicher Paragraph

§ 129

§§ 1179, 1180

§ 130

§ 1178

§ 131

§ 1181

§ 132

§ 1172

§ 133

§§ 1172, 1173

§ 134

§§ 1170, 1174

§ 135

§§ 1185, 1186

§ 136

§ 1187

§ 137

§ 1188

(D) Analyse

Bei beiden Gesetzbüchern, dem Boissonade-Entwurf (§§ 422 - 446) und dem Neuen Gesetz (§§ 127 - 137) sind Bedingungen und Zeitbestimmungen festgesetzt. Im Boissonade-Entwurf sind sie unter einem Titel "CHAPITRE II. Des Effets des obligations, SECTION IV. De diverses Modalités des obligations, § I - Des Obligations pures et simples, à terme ou conditionnelles, quant à leur existence" geregelt. Im Neuen Gesetz werden sie aber im Allgemeinen Teil behandelt, womit sie für alle Rechtsgeschäfte anwendbar sind. ³⁶⁾ Das Neue Gesetz erlaubt dem Schuldner, im Gegensatz zum Boissonade-Entwurf (§ 426), nicht den Nutzen, der sich aus den Zeitbestimmungen ergibt, in Anspruch zu nehmen (§ 137). ³⁷⁾

§ 14

Ergebnis der Arbeit

Zwar ist es richtig, daß das Neue Gesetz im Gegensatz zum Alten den Entwürfen zum deutschen BGB vieles entnommen hat; trotzdem ist die Ansicht, daß es sich gänzlich nach den Grundsätzen des deutschen BGB richtete, allzu einseitig. ¹⁾

Die rechtsvergleichende Untersuchung (§§ 8 - 13) zeigt uns schon, daß wir nicht nur die Ähnlichkeit des japanischen Rechtsgeschäftsbegriffs mit dem ausländischen Recht finden können, sondern auch seine selbständigen und ursprünglichen Elemente erkennen, die weder das deutsche BGB noch der französische Code civil kennt. Wir können auch aus dem Vorangehenden erkennen, daß der japanische Gesetzgeber die Redaktionsarbeit über das Rechtsgeschäft mit Hilfe der Rechtsvergleichung selbständig gestaltet hat. Das Ergebnis ist, trotz der äußerlichen treuen Nachbildung des deutschen Rechtsgeschäftsbegriffs im japanischen Zivilgesetzbuch mit Erfolg versucht worden ist, den vom französischen System völlig durchgesetzten Boissonade-Entwurf mit verschiedenartig ausgeprägten, zahllosen Rechtsprinzipien fremder Rechte - vor allem den beiden Entwürfen zum deutschen BGB - zu harmonisieren. ²⁾ Die herrschende Meinung in Japan ³⁾ geht davon aus, daß der japanische Rechtsgeschäftsbegriff aus dem deutschen Recht übernommen worden ist. Wenn man aber unseren Begriff des Rechtsgeschäfts in die einzelnen Elemente zergliedert und seine Herkunft überprüft, kann man ohne weiteres Verschiedenheiten vom deutschen Recht erkennen. Die herrschende Meinung in Japan, die sich auf einen abstrakten Begriff des Rechtsgeschäfts bezieht, führt diesen Begriff nicht auf konkrete gesetzliche Vorschriften zurück. ⁴⁾ Nach meiner Meinung würde die herrschende

Meinung nicht mehr in so hohem Maße an der deutschen Herkunft des japanischen Rechtsgeschäftsbegriffs festhalten, wenn sie von konkreten Vorschriften ausgehen würde. Um es anschaulich zu machen, sind nur die rechtsgeschäftlichen Vorschriften des japanischen Zivilgesetzbuches, im Verhältnis zu den beiden Entwürfen zum deutschen BGB, die nach der herrschenden Meinung bei der Redaktionsarbeit des Neuen Gesetzes eine große Rolle gespielt hätte, in zwei Gruppen eingeteilt, zu beachten:

Im Zusammenhang mit dem ersten Entwurf

- 1) Diejenigen Vorschriften, welche sowohl im ersten Entwurf als auch im japanischen Zivilgesetzbuch enthalten sind:

§§ 90, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 109, 111, 112, 113, 114,
115, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 123, 126, 127, 128, 129, 130,
131, 135, 136

(64,6 % aller Vorschriften)

- 2) Diejenigen Vorschriften, welche im japanischen Zivilgesetzbuch, aber nicht im ersten Entwurf enthalten sind:

§§ 91, 92, 102, 103, 104, 105, 106, 107, 108, 110, 120, 124, 125, 132,
133, 134, 137

(35,4 % aller Vorschriften)

Im Zusammenhang mit dem zweiten Entwurf

- 1) Diejenigen Vorschriften, welche sowohl im zweiten Entwurf als auch im japanischen Zivilgesetzbuch enthalten sind:

§§ 90, 93, 94, 95, 96, 97, 98, 99, 100, 101, 102, 108, 109, 111, 112,
113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 121, 122, 123, 126, 127, 128,

129, 130, 135, 136

(66,7 % aller Vorschriften)

2) Diejenigen Vorschriften, welche im japanischen Zivilgesetzbuch, aber nicht im zweiten Entwurf enthalten sind:

§§ 91, 92, 103, 104, 105, 106, 107, 110, 120, 124, 125, 131, 132, 133,
134, 137

(33,3 % aller Vorschriften)

Man kann hierzu weiterhin sagen, daß das japanische Zivilgesetzbuch ein Versuch unter dem Gewand des Pandektensystems gewesen ist, fremde Rechtselemente aus verschiedenen Ländern in Einklang zu bringen. Hierbei macht der Rechtsgeschäftsbegriff keine Ausnahme. Der japanische Rechtsgeschäftsbegriff ist zwar aus dem deutschen Recht übernommen worden, wobei er eines der typischen Beispiele für das aus dem deutschen Recht ins japanische Zivilgesetzbuch übernommene Pandektensystem ist. Der Umfang seiner Übernahme ist aber nicht so groß, wie die herrschende Meinung behauptet.

H. Titze formuliert:

"Die in ihrer Anlage dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch nachgeformten Zivilgesetzbücher von Japan ... weisen einen Allgemeinen Teil und innerhalb desselben einen Abschnitt Rechtsgeschäft auf." 5)

A. B. Schwarz schreibt:

"dann dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch zugrunde gelegt worden, wurde ... in besonders treuer Nachbildung vom bürgerlichen Gesetzbuch Japans ... übernommen." 6)

Nach meiner Meinung bedürften diese Behauptungen einer Berichtigung,

wenn sie darauf bestünden, daß der japanische Rechtsgeschäftsbegriff eine treue Nachahmung des deutschen Rechts sei. Trotz der äußerlichen Ähnlichkeit ist der japanische Rechtsgeschäftsbegriff keine treue Nachbildung des deutschen Begriffs.

Anmerkungen

I Einleitung

- 1) Hierzu z. B. Hirai, Zenchu §§ 90 - 98 Horitsukoi, Chushaku Minpo III (Vorbemerkungen zu §§ 90 - 98 Rechtsgeschäft, Kommentar zum japanischen Zivilgesetzbuch Band III), 1973, S. 2 ff.

Im Zusammenhang mit der herrschenden Meinung ist es von Bedeutung, sich einer der neuesten Rechtsgeschäftslehren in Japan, die Takeyoshi Kawashima seit 1956 vom behavioristischen Standpunkt aus vertritt, vor Augen zu führen. Kawashima, Minpo Sosoku, Horitsugaku Zenshu XVII (Allgemeiner Teil des japanischen Zivilgesetzbuches, Juristische Lehrbücher Band XVII), 1965, S. 152 f. formuliert:

"Gesetz ist ein Mechanismus (oder ein Prozeß), der die aus den sozialen gegenseitigen Wirkungen (social interaction) zwischen den Menschen entstehenden sozialen Anwartschaften garantiert. Die sozialen gegenseitigen Wirkungen bestehen aus einem Kommunikationsakt oder einem Kommunikationsprozeß Im modernen Recht spielt ein Kommunikationsakt, der den Willen des Erklärenden auf Entstehung, Übergang oder Veränderung von Rechten übermittelt, eine besonders wichtige Rolle Das Wort Rechtsgeschäft ist ein Apparatsbegriff, den die deutsche gemeine Rechtswissenschaft erzeugte, um den oben genannten Kommunikationsakt rechtlich zu behandeln."

Die Bedeutung der Studien Kawashimas liegt darin, daß er anstelle der systematischen und begrifflichen Darstellung des Rechtsgeschäftsbegriffs, diesen soweit wie möglich auf menschliche Sozialhandlungen zurückführt. Diese behavioristische Art, das Problem anzugehen, muß insofern als bedeutungsvoll angesehen werden, als die mit der traditionellen Rechtsgeschäftslehre, wie sie bis zu diesem Zeitpunkt beibehalten wurde, bricht; es ist eine Ausgangsstellung, die sich von den traditionellen Anschauungen, die in den Fußstapfen der deutschen

Lehrmeinungen liefen, völlig unterscheidet. Hierzu Hirai, a.a.O. , S. 21. Also hält auch Kawashima trotz seiner behavioristischen Lehre an der deutschen Herkunft des japanischen Rechtsgeschäftsbegriffs fest, wenn er den Ursprung des Rechtsgeschäftsbegriffs auf die deutsche gemeine Rechtswissenschaft zurückführt.

- 2) Hierzu z. B. E. Hoshino, Nihon Minpoten ni ataeta Furansu Minpo no Eikyo, Minpo Ronshu I (Einflüsse des französischen Code civil auf das japanische Zivilgesetzbuch, Gesammelte Schriften zum Zivilrecht Band I), 1970, S. 71:

"It appears that there is a common belief that the first three books of our Civil Code—those dealing with zaisan hō—were modeled after the First Draft of the German Civil Code. Accordingly it was deemed necessary (or at least highly desirable) for us to refer to German scholarship in studying and interpreting the Japanese Civil Code. Moreover, it is still widely believed that would-be law students should learn the German language (instead of French) in addition to English (which they all begin to learn in high school). Does this "legend" conform to the facts? I doubt very much if it does. The purpose of this article is to clarify the fact that the first three books of the Civil Code (hereinafter to be referred to merely as the "Civil Code") are genealogically nearer to the French Civil Code than to the First Draft of the German Civil Code, and that consequently in studying and interpreting the Japanese Civil Code it is necessary (or at least highly desirable) for us to pay ample attention to its link with the French Civil Code." (Übersetzung aus Tanaka, The Japanese Legal System, 1976, p. 229 seq.)

- 3) E. Hoshino, a.a.O. , S. 94. Rieg, Le Rôle de la volonté dans l'acte

juridique en droit civil français et allemand, 1961 zitierend (S. 96), meint E. Hoshino, daß die Vorschriften z.B. im Allgemeinen Teil des Schuldrechts des französischen Code civil, die sich auf kein abstraktes Rechtsgeschäft stützen, und die rechtsgeschäftlichen Vorschriften des deutschen BGB der Substanz nach gleich seien (S. 94); jedenfalls erscheint es mir aber, daß er noch an der deutschen Herkunft des japanischen Rechtsgeschäftsbegriffs festhält, wenn er schreibt, daß das Rechtsgeschäft im japanischen Zivilgesetzbuch zu denjenigen Institutionen gehöre, welche zwar im deutschen BGB und im japanischen Zivilgesetzbuch, nicht aber im französischen Code civil enthalten seien (S. 94).

II Entstehungsgeschichte des japanischen Zivilgesetzbuches

- 1) Kitagawa, Rezeption und Fortbildung des europäischen Zivilrechts in Japan, 1970, S. 27.

- 2) T. Hoshino, Meiji Minpo Hensanshi Kenkyu (Studien zur Entstehungsgeschichte des japanischen Zivilgesetzbuches in der Meiji-Periode), 1943, S. 5 ff.;

Ishii, Meiji Bunkashi II: Hoseihen (Kulturgeschichte der Meiji-Periode Band II: Rechtswesen), 1954, S. 507 f.;

Hozumi, The New Japanese Civil Code, 1904, p. 2 seqq.;

Kitagawa, a.a.O., S. 44 ff.

- 3) Ishii, a.a.O., S. 508 f.; vgl. T. Hoshino, a.a.O., S. 9 ff.

Bezüglich der Herkunft des japanischen Ausdrucks für Zivilgesetzbuch (Minpo) sei hier bemerkt, daß dieser Begriff zuerst als eine direkte Übersetzung der holländischen Wörter "burgerlyk Regt" erschien und zwar in "Taiseikoku Horon" (Abhandlung über die Rechtswissenschaft westlicher Länder). Dieses Buch wurde 1866 von Shin'ichiro Tsuda herausgegeben, ein Jahr nach seiner Rückkehr nach Japan aus Holland, wohin er 1863 mit Amane Nishi gereist war, um Rechtswissenschaft und Volkswirtschaftslehre bei S. Vissering an der Universität Leiden zu studieren. Bei der Erklärung des Konzepts des Zivilgesetzbuches werden im Buch Titel wie Menschenrechte, Eigentum, Versprechen und Zivilprozeßordnung erwähnt. Es ist auch von Interesse, im Zusammenhang mit der Vorbereitung des japanischen Zivilgesetzbuches zu bemerken, daß Kurimoto Aki no Kami, der Bevollmächtigte für auswärtige Angelegenheiten, welcher 1867 nach Frankreich fuhr, 1869 ein Buch mit dem Titel "Gyoso Tsuiroku" (Erinnerungen) herausgab, in welchem er das Napoleonische

Gesetzbuch überschwenglich lobte und den Wunsch äußerte, es ins Japanische zu übersetzen. Hierzu Ishii, a.a.O. , S. 508.

4) Ishii, a.a.O. , S. 508 ff.; vgl. T. Hoshino, a.a.O. , S. 8 ff.

5) Ishii, a.a.O. , S. 510 f.; vgl. T. Hoshino, a.a.O., S. 26 ff.

6) Noda, Gustave Boissonade, comparative ignoré, Problèmes contemporains de droit comparé tome II, 1962, p. 241 seq.:

"G. Boissonade est né à Vincennes en 1825. Son père, Jean-François Boissonade, était un savant renommé qui s'occupa de l'étude de l'antiquité. Suivant les traces de son père, Gustave entra dans la carrière professorale. Après avoir achevé ses études sur l'antiquité à la Faculté des Lettres de Paris, il fit son droit à la Faculté de Droit de Paris et en 1852 il reçut le titre de Docteur en Droit. Puis il fut reçu le premier au concours de l'agrégation en 1864. Ces études le prédisposaient en quelque sorte au droit comparé qui exige une vaste connaissance des choses anciennes et modernes. Nous ne connaissons malheureusement pas ses activités scientifiques au début de sa carrière professorale. Mais il est certain qu'il fut chargé du cours de droit romain à la Faculté de Droit de Grenoble en 1865 et qu'il fut professeur agrégé à la même Faculté l'année suivante. En 1867, il fut appelé à Paris pour être professeur agrégé à la Faculté de Droit de Paris, où il a rempli ses fonctions universitaires jusqu'à son départ pour le Japon. Nous ne saurions dire, à notre regret, quels cours il donna aux étudiants. Certains auteurs affirment qu'il donna des cours d'économie politique et de droit pénal. Mais les documents probants nous manquent. D'après les études qu'il publia à cette époque et sur lesquelles nous

sommes assez bien renseignés, nous pouvons dire que son intérêt scientifique se portait sensiblement vers des problèmes à la fois historiques et actuels du droit civil. Dans ces études son esprit comparatif s'aperçoit clairement. Nous allons préciser."

- 7) Kitagawa, a.a.O., S. 30
- 8) Ishii, a.a.O. , S. 511 f.; vgl. T. Hoshino, a.a.O. , S. 71 ff.
- 9) Ishii, a.a.O. , S. 512 f. ; vgl. T. Hoshino, a.a.O. , S. 83 ff.
- 10) Wie es aus Gründen der Vernunft erwünscht war, wurden Erben in diesem Teil des Gesetzes, welches den allgemeinen Titel behandelte, gleichgestellt. Jedoch aufgrund der besonderen Verpflichtung, die vom Nachfolger des Haushaltsvorstands getragen wurde, war es dem Haushaltsvorstand erlaubt, die zum Haus gehörenden Privilegien, einen bestimmten Teil des Vermögens in den Besitz des Nachfolgers zu übertragen. Wenn jedoch keine bestimmte Übertragung des Vermögens vom Haushaltsvorstand vorgenommen worden war, sollte der gesetzmäßige Erbe - falls es nur einen gab - $\frac{2}{3}$ des vom Nachfolger des Haushaltsvorstands geerbten Werts bekommen. Falls es zwei gesetzliche Erben gab, betrug ihr Anteil $\frac{1}{2}$ des vom Nachfolger des Haushaltsvorstands geerbten Ganzen, und falls es drei waren, würden sie nur $\frac{1}{3}$ bekommen. Eine andere Klausel im Abschnitt über allgemeine Titel war die, daß der Haushaltsvorstand seinem Nachfolger nicht mehr als nach dem Gesetz erlaubt war und nicht weniger als von einem gesetzlichen Erben erhalten wurde, übertragen konnte. Hierzu Ishii, a.a.O. , S. 514 f.

11) Ishii, a.a.O. , S. 513 ff.; vgl. T. Hoshino, a.a.O. , S. 93 ff.

12) Ishii, a.a.O. , S. 515 f.; vgl. T. Hoshino, a.a.O. , S. 101 ff.

Es ist deshalb schwer zu sagen, ob die Regierung versuchte, das Zivilgesetzbuch fertigzustellen, um die Revision der ungleichen völkerrechtlichen Verträge zu beschleunigen oder ob sie versuchte, die Opposition des Parlaments zu vermeiden. Hierzu Ishii, a.a.O. , S. 516.

13) Über die fundamentalen Tendenzen der rechtswissenschaftlichen

Schulen, Takayanagi, A Century of Innovation : The Development of Japanese Law, 1868 - 1961, Law in Japan, 1963, p. 29:

"Japanese jurists of the English school in this period studied not so much the reported cases as they did Bentham, Austin, and Maine and text writers such as Pollock, Holland, Anson, and Terry. They were interested in abstract positive rules and principles as expounded by those text writers. Unlike Savigny and his school, they were not opposed to condification, and, unlike the Germanist branch of the German historical school, they were not upholders of the indigenous law. They were no more "nationalistic" than the jurists of the French school and, like the latter, held Western individualistic jurisprudence in high esteem."

14) Ishii, a.a.O., S. 517 f.; vgl. T. Hoshino, a.a.O. , S. 124 ff.

15) Minear, Japanese Tradition and Western Law, 1970, p.6 seqq.:

"Hozumi Yatsuka was the founder of the school of constitutional scholarship which enshrined Japanese tradition at the cost of the Western idea of law. Professor of public law at Tokyo Imperial

University from 1889 to 1912, and dean of the law faculty for fourteen of those years, Hozumi was one of the important opinion-makers of Meiji Japan. At the law faculty his course on the constitution was a required one; but he was more influential outside the academic world. He served on many committees on education set up by the Japanese government, and for fourteen years he was higher examiner in the civil service system. He was an imperial appointee to the House of Peers, and a member of the Imperial Academy. For the five years before his death he was one of the small number of distinguished scholars chosen to present lectures to the emperor on New Year's Day. All this he accomplished in a life cut short by heart disease. He died in 1912 at the age of 52.

The tradition of constitutional scholarship Hozumi founded lived on largely unchanged through 1945. In partial eclipse in academic circles even before his death, Hozumi's ideas re-emerged with great force in the 1930's when Japan's rightist leaders found them congenial. Although we cannot blame Hozumi entirely for the excesses of the 1930's and 1940's, there is an undeniable connection between the values he championed and the rise of a strong antiparliamentary movement in prewar Japan."

Der Titel seines Artikels in der "Hogaku Shinpo" (Neue Juristische Zeitschrift) vom 25. August 1891, der vom patriarchalischen Standpunkt aus geschrieben worden war, und die emotionale Sensation hervorgerufen hatte, trägt "Das Inkrafttreten des Zivilgesetzbuches zerstört die Loyalität und die Pietät". In der "Hogaku Shinpo" 25. April 1891 behauptet er:

"Wenn man das Zivilrecht vom staatlichen Gesichtspunkt aus betrachtet, ist es ein Recht, nach welchem das Vermögen der Gesellschaft verteilt wird. So hat auch Rudolf Sohm in seiner Vorlesung

gelehrt. Das Vermögen sowie das subjektive Recht ist nichts anderes als ein Erzeugnis der Menschen, mit welchem die Herrschaft eines Menschen über die anderen erst möglich wurde. Amenominakanushinokami (einer der Urgötter des japanischen Mythos) wie Adam und Eva hatten weder Vermögen noch Recht. Nur in der neueren Zeit versucht man ein Zivilgesetzbuch zu verfassen und gelten zu lassen. Aber das ist doch eine Mordwaffe. Mit dieser Mordwaffe zwingt man das Volk, das gesellschaftliche, gemeinsame Vermögen zu verteilen. Dadurch entsteht der soziale Gegensatz zwischen Reichen und Armen. Das ist wirklich furchtbar. Unsere Zivilrechtler sollten einmal Ferdinand Lassalle zuhören." (Übersetzung aus Murakami, Einführung in die Grundlagen des japanischen Rechts, 1974, S. 47)

16) Ishii, a. a. O. , S. 518 ff.; vgl. T. Hoshino, a.a.O., S. 119, S. 128 ff.

17) Ishii, a.a.O. , S. 520 f.; vgl. T. Hoshino, a.a.O., S. 139 ff.

18) Ishii, a.a.O. , S. 521 f.; vgl. T. Hoshino, a.a.O. , S. 133 ff.

Der Kodifikationsstreit in Japan erinnert uns an die Auseinandersetzung zwischen A. F. J. Thibaut und F. C. von Savigny, die 1814 um das Problem der allgemeinen Gesetzgebung für Deutschland geführt wurde. Vgl. hierzu Murakami, a.a.O. , S. 46 f.; T. Hoshino, a.a.O. , S. 144 ff.

19) Ishii, a.a.O. , S. 522; vgl. T. Hoshino, a.a.O. , S. 153 f.

20) Ishii, a.a.O. , S. 522 f.; vgl. T. Hoshino, a.a.O. , S. 169 ff.

21) Ishii, a.a.O. , S. 523 ff.; vgl. T. Hoshino, a.a.O. , S. 175 ff.

- 22) Ishii, a.a.O., S. 526 f.; vgl. T. Hoshino, a.a.O. , S. 198 ff.
- 23) Ishii, a.a.O. , S. 527; vgl. T. Hosino, a.a.O. , S. 173 ff.
- 24) Hozumi, op. cit., p. 10 seq.

III

Grundlage der Übernahme

- 1) Staudinger-Coing, Kommentar zum BGB Band I, 11. Auflage, 1957, S. 493 ff.

Hier sind die Hintergründe der Pandektistik kurz zu betrachten, um die des Rechtsgeschäftsbegriffs anschaulich zu machen. Für die Pandektistik waren folgende philosophische Strömungen von entscheidender Bedeutung. Nach I. Kant sei die Rechtsordnung mit der Moral nicht identisch, während die Vorige dem Leben der Gesellschaft anhafte, habe die Letztere ein selbständiges Dasein. Diese Ansicht hat die Ausbildung der sogenannten Begriffspyramide gerechtfertigt. Kants Werk "Kritik der reinen Vernunft" deutet darauf hin, daß keine spekulative Philosophie bearbeitet werden könne, wenn vorher die Formen der Erkennung und die Grenzen der Erkennungsfähigkeit nicht untersucht wurden. Dieses kritische Werk weist, indem es die Kritiklosigkeit der älteren vernunftrechtlichen Richtung betont, nach, daß diese nicht mehr zeitgemäß sei. Endlich spielt Kants Ethik eine bedeutende Rolle bei der Ausbildung der Konstruktion der Pandektistik, indem sie die moralische Autonomie des Individuums und den moralischen Willen des Individuums betont.

J. G. von Herders Geschichtsphilosophie übte ebenfalls eine Wirkung auf die Entwicklung der Pandektistik aus. Herder hat seine Theorie über den geschichtlichen Fortschritt unter Rücksichtnahme auf die Evolution in der Natur dargelegt. Die Ursprünge der gesellschaftlichen Entwicklung sind im Humanismus zu suchen. Das läßt auf eine Zuneigung zu den Kulturidealen des klassischen Altertums schließen. G. E. Lessing, der junge J. W. von Goethe und J.C. F. von Schiller wendeten sich auch, nach dem überwundenen Vernunftzeitalter, der klassischen Welt zu. Es begann mit Weimar ein klassisches Zeitalter,

die neue humanistische Welt, in der auch die klassische Philologie aufblühte. Die Textkritik dieser Philologie wurde dann von B.G. Niebuhr auf die Quellen des römischen Rechts umgesetzt.

Schließlich haben bezüglich der rein rechtlichen Gesichtspunkte in der Entwicklung der Pandektistik folgende Faktoren eine entscheidende Rolle gespielt. C.de Montesquieu behandelt schon in seinem Werk "De l'esprit des loix" die Verfassung und das Recht im allgemeinen als Produkt der konkreten natürlichen und gesellschaftlichen Verhältnisse, sowie des Zeitgeists, insbesondere des "génie de la nation". Es entwickelte sich teilweise unter dieser Wirkung in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, zunächst in Göttingen, eine pragmatische Geschichts- und Verfassungswissenschaft, ja sogar eine Privatrechtswissenschaft und ein Anhänger dieser Richtung war die erste bedeutende Gestalt der historischen Schule, G. Hugo.

Die naturrechtliche Philosophie bildete im wesentlichen eine "geschichtswidrige" Rechtsordnung quasi über Zeit und Raum aus. Diese Betrachtung erwies sich im Spiegel der sich zum Humanismus hinwendenden und die Geschichtlichkeit des Rechts betonenden Richtung als veraltet. Es waren dennoch einerseits die Methode der naturrechtlichen Schule, andererseits die vernunftrechtlichen Kategorien, die die historische Schule übernahm, bzw. im Rahmen des Naturrechts zu einem logischen Ganzen entwickelte. Als Beispiele wären zu benennen: das subjektive Recht und das Rechtsgeschäft.

Der usus modernus war wegen seiner Abkehr von den römischen Quellen, seiner Kritiklosigkeit, seines Partikularismus und seiner assoziativen Arbeitsmethode einer Weiterentwicklung nicht fähig. Dennoch konnte er zeigen, daß das Recht eine geschichtliche Erscheinung ist. Obwohl das Naturrecht, ebenso wie der usus modernus, am Ende des 18. Jahrhunderts an einem toten Punkt anlangten, muß man dennoch beachten,

daß beide letztlich auf dem römischen Recht beruhten, daß also die wichtigste Quelle das römische Recht war. Wenn sich auch der usus modernus von den Quellen abwandte, so konnte er letztlich doch auf sie zurückgeführt werden.

- 2) Lawson, A Common Lawyer looks at the Civil Law, 1953, p. 167.
- 3) Nettelblatt, Nova introductio in jurisprudentiam positivam germanorum communem, 1772, S. 352 f.
- 4) Titze, Rechtsgeschäft, Rechtsvergleichendes Handwörterbuch Band V, 1936, S. 791.
- 5) Gysin, Zur Theorie des Rechtsgeschäfts, Rechtsphilosophie und Grundlagen des Privatrechts, 1969, S. 238 Fußnote 9.
- 6) Flume, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts Band II: Rechtsgeschäft, 2. Auflage, 1975, S. 28 f.
- 7) Vgl. Schloßmann, Willenserklärung und Rechtsgeschäft, Festgabe für Albert Hänel, 1907, S. 63 ff.

Was den Begriff des Willens angeht, wurde er in der Rechtswissenschaft wesentlich in Verbindung mit der Vertragsverbindlichkeit behandelt. Er hat daher eine weitaus ältere Geschichte als die Lehre des neuzeitlichen Naturrechts. Es ist aber doch dem Bemühen der Naturrechtler zu verdanken, daß der Begriff des Willens mit dem Rechtsgeschäft verbunden wurde. Nettelblatt führt nämlich die *declaratio voluntatis* als eine Spezies des *actus iuridicus* an, führt also erstmals den Begriff des Willens in die Lehre vom Rechtsgeschäft ein, was auf

philosophischem Gebiet vom deutschen Idealismus her untermauert und gestützt wird. Das ist in Zusammenhang mit der Privatautonomie das Kernstück der Rechtsgeschäftslehre geworden.

- 8) Flume, a.a.O. , S. 30.
- 9) Motive zum Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzes für das deutsche Reich Band I, 1888, S. 126.
- 10) Ishii, a.a.O. , S. 523; T. Hoshino, a.a.O. , S. 153.
- 11) Hozumi, op. cit., p. 23 seqq.
- 12) Hozumi, Doitsu Hogaku no Nihon ni oyoboseru Eikyo, Hozumi Nobushige Ibunshu III (Einflüsse der deutschen Rechtswissenschaft auf Japan, Nachgelassene Aufsätze von Nobushige Hozumi Band III), 1934, S. 619.
- 13) Ishii, a.a.O. , S. 522 f.; vgl. T. Hoshino, a.a.O. , S. 153 f.
- 14) Kitagawa, a.a.O. , S. 32 f.; vgl. hierzu Anmerkung II, 13).
- 15) Hierzu z.B. Miyakawa, Kyu Minpo to Meiji Minpo (Das Alte Zivilgesetzbuch und das Neue), 1965, S. 44 ff.
- 16) Über die naturrechtliche Tradition in Japan, Takayanagi, op, cit., p. 25 seq.:
"After the Meiji Restoration, many piecemeal legislative measures showing a marked influence of Western law were taken by the government in the field of private law to meet immediate demands. This piece-

meal legislation was "written law" and was the first source of law to be applied. As for "custom," doubt was entertained at first as to whether this meant popular or official custom. It came finally to be taken as including both. There was also some doubt whether "unreasonable" custom was binding.

Courts also encountered difficulties in determining whether to rely on the second or third source of law. The "inference from reason" seems, at first sight, to have been influenced by natural-law thinking of European origin. Yet Japanese legal historians point out the native origin of the idea. They say that the word jōri envisaged by this article is synonymous with dōri which served as a supplementary source in the administration of the old codes and rules (Ritsuryō Kyakushiki). The word often appears in the laws and judicial decisions of feudal Japan. In reference to the word dōri, they sometimes cite a letter addressed by Yasutoki Hojo to the Inspector at Rokuhara (Rokuhara Tandai), written in 1232 at the time of distributing the Go Seibai Shikimoku (Formulary for the Shogun's Decision of Suits) for official use. Yasutoki wrote that:

the document, which set forth "various matters upon which the courts would give their judgments" ...was not a code of law but merely a list. When it was drafted its authors had wished to give it an imposing title; but this was thought excessive and it was described only as a Formulary (shikimoku). People might criticize it, asking upon what ideas it was based; but it had no special basis except in so far as it was compiled in accordance with reason(dōri)...although the national law is embodied in the ancient codes and rules...not one man in a thousand knows about these. To punish persons for offences under laws which they do not know gives rise to great hardship, and therefore "we have written this

Formulary in such a way that even the most illiterate fellows can understand its meaning. The old laws are like complicated Chinese characters; the new laws are like the simple syllabary (kana)."

(Sansom, A History of Japan 397 (1958))

In Yasutoki's letter, dōri was thus not envisaged as a supplementary source of positive law but as the basic principle of legal reform, simplifying the old law. And it may also be pointed out that the word dōri was not an expression connoting theological or philosophical doctrines of natural law as in the West. Rather, it meant the common sense of the plain man. By using this word, Yasutoki emphasized not justice according to law but justice according to the simple moral principles prevailing in his time. Even an illiterate man could understand them: the man was to be loyal to his master, the child was to observe filial piety, the wife was to obey her husband, and all in their hearts were to spurn the crooked path and follow the straight. Meiji lawyers were probably unaware of the complicated history of natural law in Europe, of the position of natural law in the theological system of Thomas Aquinas or in the Age of Reason. They probably understood the "reason" in the decree as the old Japanese lawyers understood dōri. Nevertheless, they endeavored to administer justice according to law by importing Western rules and principles for situations in which there were none at home- a course precisely opposite to Tokiyori's idea despite the similarity in terminology. Still it is clear that jōri fulfilled the function of introducing Western law, which was at the time conceived of as the embodiment of civilized justice. It was mainly through this channel, before the enactment of the Civil Code of 1898, that the positive laws of Western countries, especially of France, made their way into Japanese judicial

law."

- 17) Hierbei hat Boissonade auch eine große Rolle gespielt. Takayanagi, op. cit., p. 27 seq.:

"From early Meiji times there had been a law school attached to the Ministry of Justice in which French law was taught. Two or three private law schools also taught French law. Boissonade, who came to Japan in November 1873 and began to teach French law in 1874, was an outstanding figure. He was interested in natural law and lectured on that subject as well as on more technical subjects. In his days the école d'exégèse was still dominant in France in the field of private law; The "revival of natural law" in France, which took place at the close of the century, was not yet underway. Boissonade may have read Ahrens' Cours de droit naturel, which was first published in 1837 and ran through many editions; and, as is shown by his Le nouveau code civil italien comparé au code Napoléon, published in 1868, he had some interest in législation comparée before he came to Japan. However, his other works from this period indicate that his main interest lay in the historical aspects of various private-law institutions. Judging from his previous publications, one would suppose that he was a positivist interested in history. It seems that he first began to lecture on natural law in Japan. Was this motivated by his desire to expound his own Weltanschauung in the form of a lecture? Or did it arise from his newly assigned task of drafting modern codes for Japan and making her accept them as an embodiment of natural law? He considered that the system of positive law was, and ought to be, a reflection of natural law, which is in turn a universal idea of mankind and can be discovered by human reason. If there is any discrepancy between positive law and natural law, the positive law was no law but a corruption of law.

Boissonade's theory, like Ahrens', is close to that expounded by the seventeenth- and eighteenth-century natural-law jurists. They, unlike the glossators and commentators, considered Roman law binding not because it was based on imperial authority but because it was an embodiment of universal human reason. As is well known, this idea of natural law inspired codification movements in Europe. Although such a theory perhaps served no practical purpose in France after the comprehensive Napoleonic codes had been completed, it could be eminently useful for the Japanese who had the task of codification before them. The natural law expounded by Boissonade seems to have appealed to the Japanese audience because it was very similar to the familiar concept of the Confucian "Way of Heaven." Many Japanese jurists who attended Boissonade's lectures naturally came to believe that the French code was not merely a French national product but an embodiment of natural law - a model of civilized law."

18) Noda, Introduction to Japanese Law, 1976, p. 55 seq.:

"Numerous private projects for a constitution with varying political standpoints were published, and the greater number of the draftsmen saw that the constitution should be, if not an agreement emanating from the social will of the people, at least an agreement between the emperor and the people and that a constituent assembly was required for this purpose. The government had other ideas; it had no intention of taking the wishes of the nation into account. After the repression of the liberal movement it secretly began the drafting of a constitution of its own. In 1882 Ito Hirobumi, one of the highest officials in the imperial government, left for Europe to study European constitutions. He concentrated his studies on constitutions of the German type and was strongly influenced by German constitutionalists such as Gneist

and Stein. Ito returned to Japan in 1883, and the drafting of the constitution probably started in 1886. Three high officials faithful to Ito were chosen as his assistants, and one of them, Inoue Kowashi, was given prime responsibility for the drafting of the text. He worked with the assistance of advice from the two Germans, Roesler and Mosse, who were both known to be great admirers of the Prussian Constitution of 1850. It is natural, therefore, that the draft drawn up by Inoue bears the visible imprint of the Prussian Constitution. In 1888 the draft was completed and submitted to a specially set up private council for consideration. Ito thought that the draft of the constitution should be discussed not in any constituent assembly representing the nation but before a body composed of the great men of the state. On 11 February, 1889 (legend has it that the emperor Jimmu ascended the throne on 11 February), the Constitution was solemnly granted by the emperor to his subjects. On that day the emperor informed his ancestors of the Constitution, and deigned to issue an imperial rescript in imposing style to impress upon his subjects the grandeur of the constitutional empire. He said in the rescript that he proclaimed this great charter as an intangible and everlasting gift to all his present and future subjects."

- 19) Ferner wurde der Naturrechtsgedanke, der zum Sturz des Feudalismus führte, während der Gründungszeit des Meiji-Abusolutismus für die Errichtung der Bürokratie unter dem Tenno-System oft aufgegriffen. Andererseits verfolgte die Opposition gegen die Regierung mit diesem Naturrechtsgedanken auch eine eigene politische Absicht. Das alles ist also der aufklärerischen Politik der Meiji-Periode, in der die Regierung selbst den Naturrechtsgedanken in Japan eingeführt hatte, zuzuschreiben. Dabei spielten die Leute, die sich in der Meirokeisha

sammelten, die größte Rolle. Der Titel der Veröffentlichung von Meirokekusha trägt "Meirokekusha Zasshi". Dazu Braisted, Meirokekusha Zasshi.

Journal of the Japanese Enlightenment, 1976; vgl. Miyakawa, a.a.O., S. 48 ff.

20) E. Hoshino, a.a.O., S. 85:

"Tomii went to France when he was nineteen years old, after learning French at the Tokyo School for Foreign Languages, in 1877.... He was admitted to the Department of Law in the University of Lyon. After being awarded his doctoral degree in law in 1883, he returned to Japan and was appointed professor of law at the University of Tokyo in 1884. He thus studied law only in France. He was in favor of the postponement of the enforcement of the Boissonade Civil Code, and, as he himself later admitted, relied most heavily among the three draftsmen upon German civil law. It should be noted, however, that he did not study German civil law through texts written in German, but either through their French translation or with the assistance of Masutarō Niida, who was then a law student at the University of Tokyo." (Übersetzung aus Tanaka, op. cit., p. 232)

Der Titel seiner Dissertation trägt "Des droits du vendeur non payé.
Du droit de résolution du vendeur non payé."

21) Hoten Chosakai Shusakai Sokkiroku (Niederschrift des Hauptprüfungsausschusses in der Redaktionskommission) 1 - 198; vgl. Hirai, a.a.O., S. 18.

22) E. Hoshino, a.a.O., S. 85 f.:

"Ume first studied law at the Law School of the Ministry of Justice in 1884..., went to France in 1886 and was admitted to the Department of Law in the University of Lyon. After having received his doctoral

degree three years later, he studied at the University of Berlin for a year before going back to Japan. We may safely regard... Ume as having been influenced primarily by French law, since the education he received in Japan was mostly based upon French law, the period he spent in Germany was much shorter than his stay in France, and most of the courses he took in Berlin were on the philosophy of law."

(Übersetzung aus Tanaka, op. cit., p. 232)

Der Titel seiner Dissertation trägt "De la transaction en droit romain, dans l'ancien droit français, en droit français actuel. Comparé avec le Code civil italien et le projet de Code civil japonais."

23) Hoten Chosakai Shusakai Sokkiroku, 1 - 199; vgl. Hirai, a.a.O. , S. 18.

24) In Hoten Chosakai Shusakai Sokkiroku, 1 - 196 ff. kann man erkennen, daß Hozumi zur Redaktion keine Übersetzung, sondern einen originalen Text von B. Windscheid verwandte. Vgl. Hirai, a.a.O. , S. 18.

25) Vgl. Hirai, a.a.O. , S. 18.

26) Minpo Shuseian Riyusho, Miteiko (Motive zum verbesserten Entwurf des Zivilgesetzbuches, Unvollendetes Manuskript), S. 78.

27) Vgl. Hirai, a.a.O. , S. 22 ff.

Was die Feststellung der Rechtsgeschäftslehre in Japan angeht, erreichten erst Tamakichi Nakajima, Santaro Okamatsu und Hideo Hatoyama, daß der Rechtsgeschäftsbegriff mit Hilfe des Studiums des deutschen Rechts so entwickelt wurde, wie er heute geläufig ist. Insbesondere die Arbeiten Hatoyamas basieren auf dem Studium der deutschen Rechtsgeschäftslehre und stehen auf ausgesprochen hoher wissenschaftlicher

Stufe. Man kann wohl behaupten, daß der Rechtsgeschäftsbegriff, wie er in den heutigen Lehrbüchern erscheint, von ihm in abschließender Form determiniert worden ist. Die Bedeutung der Forschung Hatoyamas liegt in den folgenden drei Punkten:

- (1) Entgegen der vorausgehenden früheren Lehren, die die Umrisse des deutschen gemeinen Rechts seit Savigny in Japan einführten und lehrten, daß das Rechtsgeschäft nichts anderes als eine Willenserklärung sei, erklärt er nun letzteres als Bauelement des ersteren und stellt somit das Verhältnis zwischen den beiden Begriffen klar.
- (2) Er trennt klar das Rechtsgeschäft und die Rechtshandlung. Er hat die beiden Begriffe im japanischen Zivilgesetzbuch kategorisiert.
- (3) Er führt den Begriff des Gesamtakts ein, der auf gleicher Ebene wie Vertrag und einseitiges Geschäft steht und gibt ihm so eine Position.

In Hatoyamas Studien finden wir ausgesprochen viel, was sich an P. Oertmanns Kommentar anlehnt. Sein Studium hat aber die Richtung der späteren Rechtsgeschäftslehre in Japan entscheidend bestimmt. Sakae Wagatsuma, ein hervorragender Schüler Hatoyamas sowie auch einer der größten Zivilisten in Japan, fühlte sich von der Lehre von E. Danz stark angesprochen und behauptete die Entbehrlichkeit des Erklärungswillens. Danz (Die Auslegung der Rechtsgeschäfte, 1897) hat besonders einen großen Einfluß auf Wagatsuma ausgeübt. Wagatsuma, Shintei Minpo Sosoku, Minpo Kogi I (Allgemeiner Teil des japanischen Zivilgesetzbuches, Vorlesungen über das japanische Zivilgesetzbuch Band I, neue Auflage), 1965, schreibt:

"Die Willenserklärung muß als Erklärungsakt völlig objektiv beobachtet werden (S. 239)." "Die herrschende Meinung behauptet, daß der Erklärungswille auch ein Element der Willenserklärung sei... Ich meine aber, daß der Erklärungswille nicht zum Element der Willenserklärung gehöre (S. 241 f.)."

Darüber hinaus wurden in den Schriften Wagatsumas Kommentare über das Prinzip der Freiheit des Rechtsgeschäfts und dessen soziale Bedeutung beigelegt, eine Erscheinung, die eine bis dahin nicht vorhandene Frische ausstrahlt. Durch die Arbeiten Hatoyamas und Wagatsumas wurde die heutige Gestalt der Rechtsgeschäftslehre bestimmt. Besonders die Erklärungstheorie, die Wagatsuma, auf die Theorie von Danz gestützt, aufgezeigt hat, übt noch gewaltigen Einfluß auf die heutige Juristenwelt aus. Nach Wagatsuma hörte die Diskussion um das Rechtsgeschäft, in der bisher die deutschen Theorien nachempfunden wurden, auf. Die Gelehrten richteten nun vielmehr ihr Augenmerk auf praktische Probleme, z.B. begann man Interesse an der Diskussion zu zeigen, ob etwa die Interpretation des Rechtsgeschäfts ein juristisches oder ein faktisches Problem sei. Hierzu Hirai, a.a.O., S. 19 ff. Unbeirrt von der Flaute, die das Interesse an der Diskussion um die Rechtsgeschäftslehre allgemein erreicht hatte, versuchte nach dem 2. Weltkrieg Kawashima einen neuen Zugang zur Problematik des Rechtsgeschäfts. Über die Bedeutung der Studien Kawashimas, s. Anmerkung I, 1).

IV Entstehungsprozeß des japanischen Rechtsgeschäftsbegriffs

- 1) Näheres hierüber, s. oben II § 3.
- 2) Die Regelung des Rechtsgeschäfts im japanischen Zivilgesetzbuch ist seit dessen Inkrafttreten nur insofern geändert worden, als durch Gesetz Nr. 18 von 1938 ein weiterer Paragraph zwischen § 97 und § 98 eingefügt wurde und als durch Gesetz Nr. 222 von 1947 die Anfechtbarkeit des von einer Ehefrau vorgenommenen Rechtsgeschäfts durch den Ehemann aufgehoben wurde (§§ 120, 124). Der eingefügte Paragraph regelt die Willenserklärung durch Aushang an der Gerichtstafel. Die Aufhebung der Anfechtungsberechtigung des Ehemanns ist Teil der Demokratisierung des Familienrechts nach dem 2. Weltkrieg. Diese Änderungen sind hier jedoch nicht von wesentlicher Bedeutung, so daß sich eine Vertiefung des Problems erübrigt. In der Arbeit werden auf den eingefügten Paragraphen und die aufgehobenen Wortlaute nicht eingegangen.

3) Ishii, a.a.O. , S. 552.

4) Ishii, a.a.O. , S. 553.

In seinem Entwurf kommentiert Boissonade §§ 376 - 380:

"Art. 376 à 380.—233. On réunit ici tous les articles de cette courte Section, à raison même de la disposition de l'un d'eux (art. 378) qui veut que "toutes les clauses de la convention s'interprètent les unes par les autres." Il en est de même de ces diverses dispositions de la loi: elles forment une série de conseils aux tribunaux, pour les aider à trouver l'intention des parties et le sens des conventions; il est donc préférable de les embrasser dans leur ensemble.

Cette section correspond aux articles 1156 à 1164 du Code français.

On a cherché toutefois à y mettre un ordre plus logique et plus de précision dans la rédaction, ce qu'avait déjà tenté le Code italien (art. 1131 à 1139).

234. La première disposition est la plus importante: elle forme un principe général dont les autres ne sont que l'application; elle indique le but principal que les tribunaux doivent chercher à atteindre et les autres ne sont que les moyens d'y arriver.

Puisque, dans les conventions, c'est la volonté des parties qui fait loi, il est clair que c'est cette volonté qui, avant tout, doit être recherchée. Sans doute, c'est dans les expressions qu'elles ont employées qu'on trouvera, le plus souvent, cette volonté même; mais, outre que toutes les langues ont leurs imperfections, il arrive souvent aussi que les contractants en connaissent mal les ressources et parlent ou écrivent la leur incorrectement ou négligemment. De là, cette première règle "qu'il ne faut pas s'attacher exclusivement au sens littéral des termes employés par les parties" (art. 376)(a).

235. Au Japon, comme ailleurs, les mêmes mots n'ont pas toujours le même sens, en tous lieux: des habitudes locales différentes se forment sous l'influence de circonstances particulières et se conservent ensuite de génération en génération; le législateur peut bien établir, par voie d'autorité, l'uniformité des poids et mesures, des monnaies et de la législation même, mais il sortirait de son domaine, s'il voulait réglementer la langue, et il y échouerait presque toujours. Ce qu'il peut seulement, c'est établir des présomptions du sens que les parties ont attaché aux mots, et encore, ce ne doivent être que des présomptions simples, susceptibles d'être combattues par des preuves contraires. Les dispositions

des articles 376 à 379 ont ce caractère de présomptions simples.

Pour ce qui concerne les expressions locales, le Projet (art. 377, 1^{er} al.) s'écarte des Codes français et italien qui ne s'attachent qu'à l'usage du lieu où le contrat a été passé: il semble, au contraire, que la raison veuille que l'on s'attache d'abord au lieu où les deux parties ont leur domicile; car, si elles ont traité ailleurs, par exemple, en voyage, il est naturel de croire qu'elles ont parlé le langage qui leur est habituel et non celui d'une localité où elles ne se trouvent qu'accidentellement.

Mais la loi a dû prévoir le cas où les parties ne seraient pas domiciliées au même lieu; dans ce cas, il n'eût pas été déraisonnable peut-être de donner la préférence au sens reçu dans le lieu où le débiteur est domicilié; mais il y avait à craindre que le créancier ne fût privé de tout moyen de contrôle sur le sens de ce langage; tandis qu'en adoptant ici le sens usité dans le lieu du contrat, la loi suppose que le créancier a pu se le faire expliquer et certifier. Il fallait aussi prévoir le cas où les deux parties, n'ayant pas le même domicile, ont traité par correspondance: dans ce cas, il n'y a plus de lieu du contrat; suivre le sens du domicile de chaque débiteur pour ses obligations, serait toujours exposer le créancier à des méprises; il paraît préférable, dans ce cas, de suivre, pour chaque débiteur, le sens admis au lieu où il doit exécuter: le créancier, en acceptant un lieu spécial pour l'exécution, a dû s'enquérir des usages de ce lieu, s'il ne les connaissait déjà(1).

236. Le 2^e alinéa de l'article 377 veut encore que l'on cherche dans la nature et l'objet de la convention le sens d'une expression équivoque; cette règle recevra fréquemment son application aux mots pour et en qui diffèrent plus ou moins de portée ou d'étendu.

suiuant qu'il s'agit de droits d'usufruit, d'usage, de louage, d'emphytéose, de superficie ou de servitudes.

237. L'article 378 ne s'occupe plus seulement d'une expression, d'un terme de la convention, mais d'une clause, c'est- à-dire d'une des stipulations dont l'ensemble forme la convention. Il ne serait pas raisonnable d'interpréter chaque clause séparément des autres: le plus souvent, elles ne sont détachées que par des nécessités de rédaction; mais, pour les parties, elles forment un ensemble indivisible, en raison et en équité; il est bien rare que les unes soient complètement indépendantes des autres dans l'intention des parties; elles sont plutôt liées par le rapport de cause à effet; l'une n'existerait pas si l'autre n'avait pas été admise; la portée et l'étendue de l'une a dû être mesurée sur la portée et l'étendue de l'autre, et il ne serait même pas raisonnable de considérer comme les plus importantes celles qui occupent la priorité dans l'ordre des énonciations.

238. Le 2^e alinéa de l'article 378 paraît inutile, au premier abord, lorsqu'il dit qu'on doit interpréter une clause de la manière qui lui donne un effet, plutôt que de celle qui ne lui en donne aucun (2). Cependant, cette disposition se trouve dans toutes les législations qui ont réglé l'interprétation des conventions et elle reçoit souvent son application dans la pratique: par exemple, le débiteur alléguera qu'une clause n'est qu'une répétition d'une disposition de la loi et qu'elle a été insérée, soit par inadvertance, soit pour plus de clarté; il cherche ainsi à se soustraire à l'une de ses obligations; mais les tribunaux ne devront pas admettre facilement que les parties aient commis cette négligence de répéter la disposition de la loi. On peut citer, en ce sens, le cas d'une vente de créance "avec garantie:" si

on entendait ici que le vendeur ne serait garant que de l'existence de la créance et de sa qualité de créancier, la clause serait inutile, car cette garantie est déjà imposée par la loi: elle est de droit (c. civ. fr., art. 1693; Proj., art. 705); on devra donc présumer que le vendeur a entendu garantir, en outre, la solvabilité de cédé, laquelle garantie "n'est due que si le vendeur s'y est engagé" (c. fr., art. 1694; Proj., ibid).

La présente règle d'interprétation est cependant tempérée par l'article suivant, 2^e alinéa (v. n^o 240, in fine).

239. Souvent, les parties, pour déterminer les effets de la convention ou les objets qu'elle embrasse emploient des expressions très larges, très générales, qui, prises à la lettre, dépasseraient leur pensée; la loi veut que la plus grande extension de ces expressions ne soit pas portée au-delà des objets que les parties ont entendu comprendre dans leur convention ou des effets qu'elles ont vraisemblablement voulu lui faire produire (art. 379). Ainsi, dans la vente d'une maison "avec tous les meubles ou tous les objets mobiliers qui s'y trouvent," le vendeur ne serait pas présumé avoir entendu comprendre: son argent comptant, ses titres de créances ou d'autres droits, ses vêtements, bijoux, manuscrits, documents, instruments professionnels, portraits de famille, et, généralement, les objets d'utilité ou d'affection personnelle (comp. c. civ. fr., art. 533).

240. En sens inverse, il ne faudrait pas trop restreindre les effets de la convention, parce que les parties auraient prévu et réglé un ou plusieurs d'entre eux; l'énoncé d'un ou plusieurs effets peut avoir paru nécessaire pour plus de précision, ou pour quelque particularité qu'on a voulu y apporter; mais ce n'est pas une raison suffisante de

croire que les parties aient voulu supprimer ou exclure les autres effets légaux du contrat (b). Ainsi, dans le contrat de bail d'une maison, le bailleur a expressément promis de mettre les locaux loués en bon état de réparations "pour l'époque de l'entrée en jouissance," cela ne le dispensera pas de faire les réparations d'entretien, au cours du bail; de même, dans un louage ou dans une vente, on a prévu et réglé la résolution du contrat, faute de paiement du prix par le preneur ou par l'acheteur; ce n'est pas une raison suffisante de croire que l'on ait entendu supprimer les autres causes de résolution, faute par la même partie de remplir ses autres obligations ou, faute par l'autre partie, de remplir les siennes.

Cette décision constitue une exception à l'article 378, 2^e alinéa, sans qu'on l'ait peut-être assez remarquée, même dans le Code français où les deux règles se trouvent également: en effet, ici, on préfère l'interprétation qui ne donne aucun effet utile à une clause, plutôt que de lui donner un effet exagéré.

241. La loi prévoit enfin que, malgré les indications qu'elle vient de donner et malgré la perspicacité des juges, ceux-ci pourraient conserver des doutes sur l'intention des parties. Ce doute peut d'ailleurs exister, soit au sujet d'un ou plusieurs points particuliers de la convention, soit sur sa nature propre, soit enfin sur son existence même; dans ces deux derniers cas, ce n'est plus une question d'interprétation, mais une question de preuve ordinaire des droits. Au reste, la règle est la même dans tous les cas et elle doit être généralisée.

Le principe qui domine toute la matière des preuves à faire en justice est que "la charge de la preuve incombe à celui qui allègue un fait pour en tirer avantage" (v. art. 1314); la conséquence en est que

celui qui ne parvient pas à fournir une preuve complète de sa prétention doit succomber (art. 1315). En effet, les particuliers ne sont liés les uns envers les autres que par exception (n^o 90), il faut donc que le prétendu créancier prouve qu'il est dans le cas exceptionnel; les obligations, une fois prouvées quant à leur existence, sont encore présumées le moins étendues possible; il faut donc encore que le créancier prouve jusqu'où va son droit.

Mais, l'existence et l'étendue de l'obligation une fois prouvées, c'est au débiteur à prouver sa libération et sa libération entière, s'il l'allègue.

Le Projet n'a pas encore à envisager la question de preuve d'une façon aussi générale: il ne s'agit ici que de la preuve du sens et de la portée de la convention, parce qu'il n'y a qu'une difficulté d'interprétation; mais le principe général est déjà appliqué: le stipulant souffrira de n'avoir pu lever les doutes résultant de l'obscurité de la convention; les effets de la convention seront bornés à ceux qui ont été pleinement prouvés contre le promettant.

242. Une difficulté pouvait s'élever au sujet des contrats synallagmatiques, où chaque partie est à la fois stipulant et promettant. Le Projet la tranche, en faisant remarquer que la règle reçoit son application "dans chaque clause séparément." En effet, le contrat synallagmatique est une réunion de clauses où chaque partie joue alternativement le rôle de créancière et de débitrice: il y a, en quelque sorte, deux contrats unilatéraux juxta-posés; par exemple, le vendeur ou le bailleur confère un droit réel et s'engage à livrer et à garantir de tout trouble ou éviction; de son côté, l'acheteur ou le preneur s'engage à payer un prix unique ou périodique. Si donc il y a obscurité sur les obligations contractées par le vendeur ou par le

bailleur, l'interprétation se fera en leur faveur, contre l'acheteur ou le preneur; s'il y a, au contraire, obscurité sur les obligations de l'acheteur ou du preneur, l'interprétation se fera contre le vendeur ou le bailleur, c'est à dire, dans tous les cas, contre le stipulant et en faveur du promettant (c).

242 bis. Les règles ici posées pour l'interprétation des conventions devront être rendues applicables à l'interprétation de la Loi elle-même: il sera bon de le dire dans les Dispositions générales du Code, au Livre I^{er}. La seule différence sera dans le cas de doute, lequel ne se résoudra pas nécessairement contre le demandeur, mais sera éclairci par les précédents historiques et par l'équité et la raison naturelle.

(a) Les présentes règles d'interprétation s'appliqueront surtout aux conventions écrites; mais elles s'appliqueraient aussi aux conventions verbales dont les termes principaux seraient reconnus par les parties ou prouvés par témoins.

(b) On a déjà cité souvent des axiomes latins à l'appui des solutions proposées. Ici, il y a, au contraire, un axiome à rejeter et universellement reconnu dangereux : qui dicit de uno negat de altero: "celui qui affirme, qui acquiesce, pour un cas, nie, conteste, pour les autres cas."

(c) Par une exception difficile à justifier, le Code français veut que "tout pacte obscur ou ambigu s'interprète contre le vendeur" (art. 1602). Le Code italien n'a pas reproduit cette anomalie et le Projet japonais ne la reproduira pas davantage; les exemples donnés ci-dessus le présupposent: on ne doit pas, en effet, sans de puissantes raisons, admettre d'exceptions au droit commun, surtout à un principe aussi considérable que celui qui domine les preuves, tel qu'il est énoncé

plus haut.

(1) Cette dernière disposition est nouvelle dans le Projet.

(2) Le Texte officiel a supprimé cet alinéa."

- 5) Vgl. E. Hoshino, Hensankatei kara mita Minpo Shui, Minpo Ronshu I (Nachlese des Zivilgesetzbuches in entstehungsgeschichtlicher Hinsicht, Gesammelte Schriften zum Zivilrecht Band I), 1970, S. 154 ff.; Awaji, § 92, Chushaku Minpo III, (§ 92, Kommentar zum japanischen Zivilgesetzbuch Band III), 1973, S. 98 f.
- 6) Harada, Nihon Minpoten no Shiteki Sobyō (Geschichtlicher Überblick über das japanische Zivilgesetzbuch), 1954, S. 49.
- 7) Awaji, a.a.O., S. 99 ff.
- 8) Minpo Syuseian Riyusho, S. 82.
- 9) Minpo Syuseian Riyusho, S. 82 ff.

In seinem Entwurf kommentiert Boissonade §§ 1386 - 1388:

"Art. 1386. — N^o 163. La contre-lettre est un contreécrit destiné, comme dit le texte, "à rester secret" et portant modification, ou destruction totale ou partielle, d'un acte ostensible; l'acte ostensible peut d'ailleurs être aussi bien authentique que sous seing privé, et même l'acte secret ou la contre-lettre, quoique le plus souvent sous seing privé, pourrait aussi être authentique, car les actes authentiques ne sont pas communiqués à qui désire les connaître et lorsqu'on les nomme actes publics c'est pour indiquer qu'ils sont faits avec intervention d'un officier public et non pour dire qu'ils sont portés à la connaissance de tous. Mais ceux qui

voudraient faire une contre-lettre par acte authentique feraient sagement d'y stipuler expressément le caractère secret c'est-à-dire purement personnel aux parties.

A raison du caractère secret des contre-lettres et de la modification qu'elles prétendent apporter à un acte ostensible, la loi craint qu'elles n'aient pour but de nuire à des tiers, c'est-à-dire, ici, à des intéressés autres que les parties, et elle déclare qu'elles sont sans effet contre ceux-ci, de sorte que leur effet n'a lieu que "contre les signataires et leurs héritiers." Les créanciers mêmes, qui, en général, subissent l'effet des actes de leur débiteur, lorsqu'ils n'ont pas été faits en fraude de leurs droits (v. art. 359), ne sont pas tenus de subir l'effet des contre-lettres, lorsqu'elles n'étaient pas connues d'eux au moment où ils ont contracté: c'est une exception notable au principe énoncé à l'article 360 (1). On verra, au contraire (art. 1388), que les contre-lettres peuvent être invoquées par les tiers et autres intéressés, mais toujours contre les parties seules ou leurs héritiers et non contre leurs créanciers.

On pourrait s'étonner, au premier abord, que les contre-lettres n'aient pas le même effet que l'acte primordial, quand on considère que celui-ci n'est pas, de sa nature, plus notoire que la contre-lettre, lorsqu'il n'est pas, à cause de son objet, soumis à la transcription ou à l'inscription. Mais il faut remarquer que les parties, au moment où elles traitent avec des tiers, pourraient les tromper, en ne leur faisant connaître que l'acte primordial et en ayant soin de leur laisser ignorer la contre-lettre; et ce ne serait pas préserver les tiers d'une surprise que de leur opposer une contre-lettre ayant date certaine antérieure à leur acte: la fraude ici ne consisterait pas à avoir fait après coup un acte destiné à les frustrer mais à leur avoir caché, à l'origine, un acte qui les eût avertis d'une restriction aux droits de

leur auteur et, par suite, à ceux qu'ils pouvaient acquérir de lui.

164. Quelques exemples sont nécessaires pour rendre sensible l'application de cette théorie.

Primus a souscrit une obligation de somme d'argent au profit de Secundus, comme emprunt ou comme prix d'un achat de meuble ou d'immeuble: voilà un acte ostensible, c'est-à-dire que Secundus pourra montrer à qui il aura intérêt à le faire. En même temps ou plus tard, Secundus a remis à Primus un acte destiné à rester secret entre eux pendant plus ou moins longtemps, et portant que cette dette n'est pas véritable ou qu'elle est moindre; en cet état de choses, si Secundus vend à un tiers sa créance apparente contre Primus, celui-ci ne pourra se prévaloir contre le cessionnaire de la déclaration portant que la dette n'existe pas ou est moindre. Il en serait de même si cette créance était frappée d'une saisie arrêt par un tiers, dans les mains de Secundus, créancier apparent.

De pareilles conventions ne sont pas toujours faites dans un but frauduleux, à proprement parler, et d'ailleurs, la fraude se trouverait souvent déjouée par la prévision de la loi, mais leur but peut être de donner au créancier apparent un crédit qu'il n'aurait pas sans cela, et cette combinaison ne laisse pas que d'être blâmable; elle peut aussi favoriser après coup des fraudes qui n'étaient pas dans l'intention première des parties. Supposons, en effet, avec l'hypothèse précédente, que Primus vienne à tomber en faillite ou en déconfiture, que Secundus produise alors son titre dans la liquidation et que Primus ne lui oppose pas la contre-lettre comme il aurait le droit de le faire, il en résultera que les créanciers véritables et légitimes dudit Primus subiront le concours d'un faux créancier dont ils ne soupçonneront pas la collusion.

165. Il arrive cependant quelquefois que la contre-lettre n'a rien de frauduleux, ni même de blâmable d'après la morale la plus sévère.

Ainsi, les statuts d'une compagnie de finance ou d'industrie exigent que le gérant soit propriétaire, en son nom personnel, d'un certain nombre d'actions ou parts du capital; c'est un gage sérieux de sa prudence et de sa vigilance, puisqu'il serait ainsi victime, comme les autres associés, de ses témérités ou de son incurie; c'est aussi une garantie pécuniaire en cas de faute grave ou de malversation; mais il est possible qu'il ne possède pas les fonds nécessaires pour acquérir ces actions: rien ne s'oppose à ce qu'un tiers les lui prête en les transférant à son nom, et qu'une contre-lettre déclare que ces actions continuent à être la propriété du prêteur et qu'elles devront lui être rétrocédées quand la gestion cessera. Cela ne peut nuire à personne, car ces actions sont toujours la propriété du gérant, au regard de la compagnie et des tiers intéressés, lesquels pourront les saisir s'il y a lieu, sans que la contre-lettre leur soit opposable.

Voici un autre exemple qui a eu longtemps son application en France, mais qui ne l'a plus, parce que certains principes du droit public et politique sont changés dans ce pays; mais cet exemple est encore applicable dans les pays où la loi exige pour l'exercice des droits politiques une certaine fortune immobilière, révélée par l'impôt ou le cens, et le Japon, est maintenant au nombre de ces pays. Or, il se pourrait qu'une personne eût, par son talent et son caractère, la confiance des électeurs, mais n'eût pas la fortune nécessaire et ne payât pas l'impôt requis pour être éligible. Dans ce cas, il peut arriver et il arrive souvent qu'un ou plusieurs de ses concitoyens consentent à transférer en son nom des immeubles de la valeur nécessaire, en se faisant donner une contre-lettre qui reconnaît que la propriété continue à appartenir aux prêteurs, pour les avantages éventuels comme

pour les risques de perte. On ne peut dire, dans ce cas, qu'il y ait atteinte aux droits de l'Etat, car il lui importe peu, au moins légalement, que le représentant d'une localité, dans une Assemblée politique ou administrative, soit telle personne ou telle autre, du moment que la condition du cens est observée (a). D'ailleurs, en pareil cas, ce ne serait pas seulement vis-à-vis de l'Etat et au point de vue censitaire et politique que le titulaire de la propriété serait censé propriétaire, ce serait vis-à-vis de toutes personnes et à tous autres égards. Si donc le titulaire, abusant de la confiance qu'il a inspirée, aliénait ou hypothéquait l'immeuble à lui prêté en forme de vente simulée, l'aliénation ou l'hypothèque serait valable au profit des tiers; de même, si, sans avoir commis cet abus de confiance, il devenait insolvable, ledit immeuble serait compris comme sien dans la liquidation.

166. Voici encore un cas qui a une application toute particulière au Japon et dont nous pouvons dire qu'il n'est ni contre la loi ni contre la morale, quoiqu'au premier abord il semble au moins contraire à la loi.

Au Japon, les étrangers ne peuvent, quant à présent, être propriétaires ou même locataires d'immeubles hors des villes et ports ouverts et même, dans les ports ouverts, hors des concessions étrangères ou settlements. Cependant, il peut arriver qu'un étranger soit autorisé à résider hors d'un settlement, soit pour raison de santé, soit pour l'exercice d'une fonction ou profession, et comme il ne peut y louer en son nom une habitation, il faudra donc que la location soit faite par un sujet japonais qui lui prêtera son nom(b); mais comme ce Japonais n'entendra pas être responsable des loyers et des dégradations possibles, il sera fait entre les parties une contre-lettre qui déclarera

que toutes les charges seront en définitive supportées par l'étranger et, réciproquement, que s'il y avait quelque indemnité à recevoir du bailleur elle appartiendrait à l'étranger.

De même l'étranger autorisé à résider hors des limites des traités pourrait avoir des raisons personnelles de désirer la faculté d'y disposer à son gré d'un immeuble, soit pour y élever des constructions spéciales, soit pour y faire des essais de culture ou d'industrie; en pareil cas, il achètera, sous un nom japonais, un immeuble à sa convenance: le sujet japonais sera propriétaire en titre; il sera seul considéré comme tel par l'administration et les tiers en général; mais il remettra à l'étranger une contre-lettre reconnaissant que les avantages et les risques de la propriété seront en définitive, au profit et à la charge de celui-ci; il s'engagera aussi à lui restituer le prix en cas de vente ou d'expropriation, et même à lui transférer la propriété, en bonne forme, lorsque la loi le permettra. Une pareille convention ne nuit ni à l'Etat, ni aux particuliers, puisqu'elle ne leur est pas opposable: l'Etat percevra les impôts sur le sujet japonais et au besoin sur la propriété: il fera observer, par le titulaire japonais, les lois et règlements sur la propriété foncière; les particuliers pourront valablement acheter le fonds ou en acquérir l'hypothèque, en traitant avec le sujet japonais, et même, si celui-ci devenait insolvable, l'immeuble entrerait dans sa liquidation.

Une question intéressante de droit pénal pourrait s'élever dans cette situation: si le japonais prête-nom aliénait le fonds et en dissipait le prix, pourrait-il être poursuivi pour le délit d'abus de confiance? Nous n'en doutons nullement: entre les parties l'acte simulé est valable; l'étranger a remis des sommes d'argent au sujet japonais pour acheter un immeuble en son propre nom, mais pour le compte et pour le profit du mandant, à charge de lui rendre l'immeuble ou sa valeur,

suivant les événements ultérieurs, et le mandataire a été infidèle; c'est l'abus de confiance le plus évident. Il en serait autrement si, le prête-nom étant devenu insolvable, sans fraude, l'immeuble avait été absorbé dans sa liquidation; mais au moins l'étranger aurait pu se faire inscrire dans cette liquidation, si, au lieu d'une contre-lettre secrète, il s'était fait donner un engagement conditionnel mais ostensible de la valeur dudit immeuble, ou si la situation respective des parties avait été notoire, ce qui en pareil cas est fréquent.

Au surplus, ces cas de droits de propriété sont restés, croyons-nous, fort rares au Japon, justement parce qu'ils peuvent donner lieu à des mécomptes; mais il est bon de les apprécier au point de vue juridique, puisque l'occasion s'en présente ici (2).

167. Si les contre-lettres sont sans effet à l'égard des tiers, c'est parce que, de leur nature, elles sont "secrètes et destinées à rester telles;" mais si, en fait, elles ont été connues des tiers qui prétendent en repousser l'effet, leur exception de nullité n'est plus fondée, ni en droit positif ni en équité. Il y aura seulement une difficulté de preuve, mais elle se résoudra "d'après le droit commun:" la contre-lettre étant dressée par les parties pour modifier secrètement un acte ostensible est, de leur fait même, présumée ignorée des tiers; dès lors, c'est à la partie qui soutient que le tiers intéressé l'a connue à en faire la preuve; seulement, elle n'est pas ici limitée à la preuve par l'aveu de l'adversaire, comme lorsqu'il s'agit de prouver qu'un acte non publié par la transcription lorsqu'il devait l'être, a été néanmoins connu de celui qui en repousse l'effet (v. art. 367, 4^e al. et 370, 3^e al.): le caractère des deux présomptions est bien différent; toutes deux sont légales, sans doute, mais la présomption d'ignorance des actes non transcrits,

quand ils devaient l'être, est absolue et si, par exception, elle admet la preuve contraire de l'aveu de l'adversaire, c'est parce qu'étant d'intérêt privé cette présomption ne peut profiter à celui qui, par son aveu, se condamne lui-même; tandis qu'ici la présomption est simple et admet toute preuve contraire (v. 1424), y compris la preuve testimoniale, même au-delà d'une valeur de 50 yens, car on est dans un cas où la partie intéressée ne pouvait se prouver de preuve écrite (v. art. 1405-3^o).

Art. 1387.—168. De ce qu'un acte a été d'abord destiné à être tenu secret, il ne suit pas qu'il doive nécessairement rester tel, malgré la volonté contraire des parties: la loi leur permet de donner à la contre-lettre "l'effet ordinaire d'un acte ostensible," en le rendant public par la transcription ou par l'inscription hypothécaire; mais cette forme de révélation n'est possible que pour les actes qui comportent ce mode de publicité. Ainsi, une vente d'immeuble avait été faite par acte ostensible transcrit; mais une contre-lettre avait déclaré que la vente était simulée; si la contre-lettre est transcrite, à son tour, le vendeur s'en prévaut contre ceux qui traiteraient avec l'acheteur; mais pour l'avenir seulement, "sans rétroactivité, " comme le texte prend soin de l'exprimer.

Ainsi encore le créancier d'une dette hypothécaire inscrite avait, pour aider au crédit du débiteur, consenti à lui donner quittance de la dette, et l'hypothèque avait été radiée; mais, par une contre-lettre, le débiteur avait reconnu que sa dette hypothécaire subsistait toujours; plus tard, le créancier n'ayant pas obtenu le paiement véritable, conformément à la convention secrète, a fait rétablir son inscription, pour celle-ci valoir à sa nouvelle date; le rétablissement ne rétroagira pas (comp. art. 1251 et 1252).

Quelquefois, une simple mention de la contre-lettre en marge d'une transcription ou inscription suffira. Ainsi, dans le cas de vente

d'immeuble, si l'acte transcrit porte quittance du prix et qu'une contre-lettre déclare qu'il est encore dû, le créancier pourra faire mentionner la contre-lettre en marge de la transcription, à l'effet de recouvrer son privilège pour le prix, mais avec le caractère et le rang d'une simple hypothèque (v. art. 1187). De même, au cas d'une inscription ostensiblement radiée mais réservée par contre-lettre, cette dernière peut être mentionnée en marge de la radiation pour faire tomber celle-ci et rétablir l'inscription qui vaudra à la date de la nouvelle mention. Cette situation rappelle celle prévue à l'article 2151; mais elle est moins favorable au créancier qui n'opposera ici son hypothèque à aucun des créanciers inscrits antérieurement, parce qu'il a vraiment consenti à la radiation pure et simple à l'égard des tiers, tandis que l'article 1251 fait entre ceux-ci une distinction qui a été justifiée à cette occasion.

En dehors de ces moyens de donner après coup aux contre-lettres une publicité générale qui permette de les opposer aux tiers, il y aurait encore, pour les cas qui ne comportent ni transcription ni inscription, le moyen de les porter directement à la connaissance des tiers que les parties auraient lieu de croire intéressés; on pourrait aussi recourir à la publicité des journaux d'affaires.

Art. 1388.—169. C'est à cause de leur caractère secret que les contre-lettres n'ont pas d'effet contre les tiers, c'est-à-dire, dans le sens ici spécial du mot "tiers," contre toutes personnes autres que les parties et leurs héritiers (v. n^o 162); mais, si elles n'ont pas d'effet contre les tiers, elles peuvent en avoir pour eux. En effet, à quelque époque que la contre-lettre leur soit révélée, lors même que ce serait après qu'ils sont devenus ayant-cause de l'une des parties, du moment qu'ils trouvent avantage à l'invoquer, ils le peuvent: c'est le droit commun des ayant-cause généraux ou particuliers.

Ainsi, un vendeur apparent, resté propriétaire en vertu de la contre-lettre, est devenu insolvable, le bien sera compris dans sa liquidation et le prix en sera distribué à ses créanciers, si la contre-lettre a été par eux découverte en temps utile; ce bien pourrait même, en cas de découverte tardive, être l'objet d'une distribution ultérieure, s'il n'avait pas été aliéné, hypothéqué ou saisi, du chef de l'acquéreur apparent.

L'inefficacité de la contre-lettre ne reparaît donc que lorsqu'il y a conflit entre les ayant-cause des deux parties, parce qu'alors, s'il s'en trouve, d'un côté, un ou plusieurs qui invoquent la contre-lettre, ils sont, d'un autre côté, en présence d'un ou plusieurs qui en repoussent l'effet et ceux-ci sont préférables.

Si le conflit existe entre les héritiers d'une partie et l'autre partie survivante ou les héritiers de l'autre également décédée, la préférence est pour la partie ou les héritiers qui invoquent la contre-lettre, parce qu'elle vaut entre les parties et leurs héritiers, à charge, bien entendu, de la prendre dans son ensemble et sans la diviser, de même que lorsqu'il s'agit de toute autre convention.

(1) Elle a été ajoutée à cet article dans cette nouvelle édition.

(2) Depuis que ces lignes ont été écrites, quelques journaux se sont prononcés contre ces acquisitions par des étrangers sous un nom japonais et surtout contre les achats de marchandises à l'intérieur par les employés japonais des marchands étrangers: on prétend qu'il y a là une fraude aux traités, dans ce qu'ils ont de favorable au Japon, et un obstacle à leur révision dans ce qu'ils ont de défavorable, puisque les étrangers éludent ainsi les prohibitions qui les concernent.

On sait que nous sommes un des plus dévoués aux revendications du Japon pour son autonomie; mais nous ne croyons pas que les pratiques dont il s'agit soient illégales, puisqu'au regard du pays les droits ainsi

placés sous un nom d'emprunt sont considérés légalement comme appartenant à un sujet japonais.

Du reste, un Règlement nouveau sur les registres fonciers (du 22 mars 1889, 22^e année de Meiji) donne déjà satisfaction, au moins en partie, aux opposants: d'après ce Règlement, les véritables titres de propriété foncière consistent dans l'inscription sur les registres et restent ainsi aux mains de l'administration; les copies qu'en peuvent avoir les particuliers ne suffisent pas à établir leur droit; il n'est donc plus possible à un étranger qui achèterait un immeuble sous un nom japonais, avec contre-lettre, de se faire remettre le titre en garantie contre une cession frauduleuse.

(a) Depuis que ces lignes ont été écrites, la Constitution du Japon a été promulguée (11 février 1889, XXII^e année de Meiji). Nous ne sommes pas sûr que l'opinion exprimée ci-dessus au sujet du mode de satisfaire à la condition du cens soit adoptée dans l'interprétation de ladite Constitution.

(b) Cette prohibition de louer les immeubles aux étrangers hors des concessions est une nouvelle réponse à ceux qui ont combattu le caractère réel que nous avons cru devoir assigner au droit de bail: il semble que les auteurs des Traités aient d'avance adopté cette opinion."

10) Minpo Shuseian Riyusho, S. 84 ff.

11) Minpo Shuseian Riyusho, S. 89 ff.

12) Näheres hierüber, s. oben, II § 4.

13) Inamoto, § 93, Chushaku Minpo III (§ 93, Kommentar zum japanischen Zivilgesetzbuch Band III), 1973, S. 124.

- 14) Minpo Shuseian Riyusho, S. 82.
- 15) Minpo Shuseian Riyusho, S. 82.
- 16) Inamoto, a.a.O. , S. 125.
- 17) Minpo Shuseian Riyusho, S. 82 f.
- 18) Minpo Shuseian Riyusho, S. 83.
- 19) Inamoto, § 94, Chushaku Minpo III (§ 94, Kommentar zum japanischen Zivilgesetzbuch Band III), 1973, S. 151.
- 20) Minpo Shuseian Riyusho, S. 84 f.
- 21) Vgl. E. Hoshino, Hensankatei kara mita Minpo Shui, S. 184 ff.;
T. Hoshino, a.a.O. , S. 185.
- 22) Am Anfang im zweiten Abschnitt des dritten Buches regelt das japanische Zivilgesetzbuch die Entstehung des Vertrags.

§ 521

- (1) Der Antrag auf Abschluß eines Vertrags, der unter Bestimmung der Annahmefrist erfolgt, ist unwiderruflich.
- (2) Der Antrag erlischt, wenn der Antragende nicht innerhalb der Frist die Annahmeerklärung empfängt.

§ 522

- (1) Ist eine nach Ablauf der in § 521 erwähnten Frist eingegangene Annahmeerklärung in der Weise abgesendet worden, daß sie unter

regelmäßigen Umständen rechtzeitig hätte eintreffen müssen, und mußte der Antragende dies erkennen, so hat er die Verspätung dem anderen Teil unverzüglich anzuzeigen, sofern es nicht schon vor dem Empfang der Erklärung geschehen ist.

- (2) Unterläßt der Antragende diese Anzeige, so gilt die Annahmeerklärung als nicht verspätet.

§ 523

Der Antragende kann die verspätete Annahme als neuen Antrag gelten lassen.

§ 524

Der einem Abwesenden ohne Bestimmung einer Annahmefrist gemachte Antrag kann während einer angemessenen Frist, in der der Eingang der Annahmeerklärung erwartet werden kann, vom Antragenden nicht widerrufen werden.

§ 525

Die Bestimmung des § 97 Absatz 2 findet keine Anwendung, wenn der Antragende einen abweichenden Willen erklärt oder der andere Teil Kenntnis vom Tode oder dem Verlust der Geschäftsfähigkeit des Antragenden gehabt hat.

§ 526

- (1) Ein Vertrag unter Abwesenden kommt mit der Absendung der Annahmeerklärung zustande.
- (2) Ist nach dem Willen des Antragenden oder der Verkehrssitte eine Erklärung der Annahme nicht erforderlich, so kommt der Vertrag mit dem Eintritt von Umständen zustande, die den Annahmewillen erkennen lassen.

§ 527

- (1) Mußte die Anzeige des Widerrufs des Antrags, obwohl sie nach der

Absendung der Annahmeerklärung eingegangen ist, unter regelmäßigen Umständen vorher eintreffen und mußte der Annehmende dieses erkennen, so hat er die Verspätung dem Antragenden unverzüglich anzuzeigen.

- (2) Unterläßt der Annehmende diese Anzeige, so gilt der Vertrag als nicht zustande gekommen.

§ 528

Erklärt der Annehmende eine Annahme unter Hinzufügung von Bedingungen oder sonstigen Änderungen, so gilt dies als Ablehnung des Antrags verbunden mit einem neuen Antrag.

§ 529

Wer durch öffentliche Bekanntmachung eine bestimmte Belohnung für die Vornahme einer Handlung aussetzt, ist verpflichtet, die Belohnung demjenigen zu entrichten, der die Handlung vorgenommen hat.

§ 530

- (1) Solange niemand die bestimmte Handlung vollendet hat, kann der Auslobende die Auslobung widerrufen, wenn der Widerruf in derselben Weise wie die Auslobung bekannt gemacht wird, es sei denn, daß in der Auslobung auf die Widerruflichkeit verzichtet ist.
- (2) Kann der Widerruf nicht in derselben Weise erfolgen, so ist er in anderer Weise zulässig, er wirkt jedoch nur gegen die Personen, die davon Kenntnis haben.
- (3) Hat der Auslobende für die Vornahme der bestimmten Handlung eine Frist bestimmt, so wird vermutet, daß er auf die Widerruflichkeit verzichtet hat.

§ 531

- (1) Haben mehrere Personen die in der Auslobung bestimmte Handlung vorgenommen, so gebührt die Belohnung nur demjenigen, der die Handlung zuerst vorgenommen hat.
- (2) Ist die Handlung von mehreren gleichzeitig vorgenommen, so gebührt jedem ein gleicher Teil der Belohnung. Ist die Belohnung wegen ihrer Beschaffenheit zur Teilung ungeeignet oder soll nach dem Inhalt der Auslobung nur einer die Belohnung erhalten, so wird darüber, wer die Belohnung zu erhalten hat, durch das Los entschieden.
- (3) Die Vorschriften der beiden vorstehenden Absätze kommen bei anderweitiger Bestimmung in der Auslobung nicht zur Anwendung.

§ 532

- (1) Eine Auslobung, derzufolge die Belohnung nur demjenigen zufallen soll, der von mehreren die Handlung vornehmenden Personen die beste Leistung aufweist, ist nur gültig, wenn in der Bekanntmachung eine Frist für die Bewerbung bestimmt ist.
- (2) Die Entscheidung darüber, wessen Leistung unter den mehreren Bewerbern den Vorzug verdient, ist durch die in der Auslobung bestimmte Person, in Ermangelung einer solchen Bestimmung durch den Auslobenden zu treffen.
- (3) Die Bewerber können gegen die Entscheidung keinen Widerspruch erheben.
- (4) Wird entschieden, daß die Leistungen mehrerer von gleicher Würdigkeit sind, so kommen die Bestimmungen des § 531 Absatz 2 zur Anwendung.

- 23) Über die rechtsvergleichende Bedeutung der Willenserklärung im japanischen Zivilgesetzbuch schreibt Hatoyama, The Civil Code of Japan compared with the French Civil Code, Yale Law Journal Volume 11, 1901 - 1902, p. 357: Im französischen Code civil werden die Grundsätze bezüglich der Willenserklärung unter der Überschrift "Vereinbarungen" (consentement) behandelt. Genau genommen ist jedoch die Sache der Willenserklärung nicht auf Vereinbarungen beschränkt. Sie hat eine ebenso wichtige Beziehung zu unilateralen und anderen Rechtsgeschäften und ist deshalb im japanischen Zivilgesetzbuch im Buch I zu finden, wo gesetzliche Prinzipien, die allen Rechtsgeschäften gemein sind, aufgeführt werden. Der französische Code civil setzt fest, daß Verträge, die auf einem Irrtum beruhen, anfechtbar sind, erklärt sie aber nicht für nichtig "ab initio" und zählt auch Fälle auf, in denen solche Verträge annulliert werden können. Die Bestimmung dieses Punkts im deutschen BGB beinhaltet, daß in Fällen, bei denen es keinen Irrtum gegeben hätte, es auch nicht zu der Willenserklärung gekommen wäre; solch eine Erklärung ist nichtig "ab initio". Die Aufzählung der Fälle im französischen Code civil mag nicht ausreichen, alle Möglichkeiten zu berücksichtigen, die aufgrund verschiedener Umstände auftreten können. Jedoch unter Berücksichtigung subjektiver Gründe zu entscheiden, wie im deutschen BGB, würde unnötigerweise die Zahl der Prozesse erhöhen. Das japanische Zivilgesetzbuch setzt fest, daß, falls in einer Willenserklärung ein Fehler in den wesentlichen Bestandteilen des Rechtsgeschäfts gemacht wurde, die Erklärung nichtig ist.
- 24) Ishii, a.a.O., S. 554.
- 25) Laband, Die Stellvertretung bei dem Abschluß nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch, Goldschmidts Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht

Band 10, 1866, S. 183 ff. ; vgl. auch Ishii, a.a.O. , S. 554.

26) Minpo Shuseian Riyusho, s. 102 f.; vgl. auch Harada, a.a.O. , S. 66.

27) Minpo Shuseian Riyusho, S. 103; vgl. auch Harada, a.a.O. , S. 66.

In seinem Entwurf kommentiert Boissonade § 946:

" Art. 946.—776. Cet article est comme la contre-partie de l'article 940. Du moment que le mandataire n'est pas tenu, en principe, vis-à-vis des tiers avec lesquels il traite, quand il le fait au nom du mandant et dans la limite de ses pouvoirs, il est naturel que ce soit le mandant qui ait la responsabilité directe de ces engagements; c'est ce qu'exprime le premier alinéa de notre article, en se plaçant dans le cas où le mandataire est resté dans les limites de ses pouvoirs.

777. Le 2^e alinéa prévoit que le mandataire a excédé ses pouvoirs et il indique trois cas dans lesquels le mandant peut encore être tenu à raison desdits actes:

1^o Il les a ratifiés : c'est un principe que la ratification des actes d'un gérant d'affaires équivaut à un mandat qu'on lui aurait donné (ratificatio mandato oequiparatur). La ratification expresse dont il s'agit ici n'est pas soumise aux formes et conditions de la ratification ou confirmation des actes annulables (voy. art. 578): une déclaration quelconque du mandant, portant approbation de l'acte, pourra valoir ratification, pourvu qu'elle ne soit pas équivoque.

2^o Le mandant a profité de l'acte fait au-delà des pouvoirs qu'il avait donnés: il est de toute équité et conforme aux principes généraux qu'il soit tenu des obligations qui forment la contre-partie de l'acte.

Ainsi, il avait donné mandat à quelqu'un de faire faire certaines réparations à sa maison; le mandataire en a fait faire davantage, mais elles sont utiles, peut-être étaient-elles nécessaires: il est juste

que le mandant paye ces réparations, quoiqu'il ne les ait pas commandées, puisqu'elles lui profitent; mais il ne les payera que dans la mesure du profit qu'il en retire: c'est l'application de la principale règle de la gestion d'affaires (v. art. 383).

3° Le mandat, d'abord étendu, avait été restreint par un acte resté inconnu des tiers, peut-être même avait-il été tout-à-fait révoqué: les tiers de bonne foi ne doivent pas souffrir d'une restriction ou d'une révocation de pouvoirs qu'ils n'ont pas connue; d'ailleurs, le mandant n'est pas exempt de faute, en ayant laissé aux mains du mandataire un pouvoir qui n'était plus exact, ou même qui était annulé (voy. ci-après, art. 954). Rappelons ici qu'en vertu du principe de la représentation du mandant par le mandataire, de même que le mandant est obligé envers les tiers par les promesses du mandataire, il a action contre eux par l'effet des stipulations de celui-ci."

28) Minpo Shuseian Riyusho, S. 104; vgl. auch Harada, a.a.O., S. 66.

In seinem Entwurf kommentiert Boissonade § 954:

"Art. 954.—790. Il ne peut être posé en règle que le mandant soit à l'abri, vis-à-vis des tiers, des conséquences ultérieures de son mandat, lorsqu'il a pris fin, soit par sa révocation, soit par une des autres causes sus-énoncées: la situation des tiers qui traiteraient avec le mandataire serait trop mauvaise et, en présence de l'éventualité d'un tel danger, nul ne voudrait traiter avec le mandataire, ce qui serait encore plus préjudiciable au mandant.

D'un autre côté, le mandant ne peut être tenu, en général, de notifier aux tiers la cessation du mandat, car il ne peut guère connaître ceux avec lesquels le mandataire serait disposé à traiter. La loi s'attache donc uniquement au point de savoir si les tiers ont été ou non "de bonne foi," c'est-à-dire s'ils ont ignoré ou connu la

cessation des pouvoirs du mandataire. C'est une disposition analogue à celle de l'article 946-3^o relative au cas où les tiers "ont eu de justes motifs de croire à des pouvoirs du mandataire," alors qu'il ne les avait pas.

En général, lorsque le mandat aura pris fin, le mandant fera sagement de retirer des mains du mandataire le pouvoir écrit qu'il avait pu lui donner; le Code français n'en fait pas une obligation pour le mandant; il présente ce retrait du pouvoir écrit comme une faculté (art. 2004) et encore n'en fait-il mention qu'au sujet de la révocation.

On a tenu à mentionner ici dans la loi cette faculté du mandant, pour l'inviter à en user, dans l'intérêt de tous, et à cette occasion, le texte nous dit que lors même que la procuration écrite aurait été retirée des mains du mandataire, cette circonstance n'exclurait pas nécessairement la bonne foi des tiers; en effet, ceux qui auraient déjà traité récemment avec le mandataire, après avoir pris connaissance de ses pouvoirs, ne sont pas en faute pour ne pas s'être fait représenter de nouveau les mêmes pouvoirs, à chaque nouveau traité. La loi exige leur bonne foi et s'en contente; mais la faute lourde serait ici comme, en règle générale, assimilée au dol.

En principe, le mandataire doit restituer la procuration écrite, lorsqu'elle lui est réclamée par le mandant; cependant, s'il prétendait qu'elle lui est nécessaire pour la justification de ses actes, pour dégager sa responsabilité ou recevoir son salaire ou ses indemnités, il serait admis à en exiger une copie certifiée conforme, mentionnant la fin du mandat et le but pour lequel elle lui est délivrée."

29) Minpo Shuseian Riyusho, S. 100 ff.; vgl. auch Harada, a.a.O., S. 64 f.

In seinem Entwurf kommentiert Boissonade §§ 931 - 932:

"Art. 931.—757. On place dans les règles générales sur la nature du

mandat ce qui concerne le pouvoir du mandataire de se substituer quelqu'un et les limites qui peuvent être assignées à ce pouvoir. Le Code français a placé cette théorie dans les obligations du mandataire, ce qui n'est peut-être pas rigoureusement logique. Dans tous les cas, les dispositions du Code français demandaient un complément à cet égard; de là, la longueur de notre article.

1^{er} al. Le Code français ne confère ni ne refuse directement au mandataire le droit de se substituer quelqu'un; mais il règle sa responsabilité à l'égard de cette substitution, avec plus ou moins de rigueur, suivant les cas (v. art. 1994).

Notre texte lui reconnaît formellement ce droit, sauf exceptions; en effet, il est naturel que la confiance du mandant dans l'aptitude et dans l'honnêteté du mandataire s'applique autant au choix que celui-ci pourrait faire d'un substitué qu'à sa gestion personnelle. Il arrivera souvent d'ailleurs que le mandataire ne pourra suffire lui-même à tous les actes de la gestion; notamment, s'il s'agit d'un mandat général d'administrer, de la gestion d'un fonds de commerce, ou d'un procès à suivre, comme demandeur ou défendeur.

La prohibition de se substituer quelqu'un peut être expresse ou tacite: elle est tacite, quand l'affaire à gérer est d'une nature délicate, pour laquelle les talents, le caractère, la qualité du mandataire, ont été pris en considération déterminante par le mandant dans le choix qu'il a fait, comme pour une transaction destinée à mettre fin à un procès, pour une vente ou une acquisition importante.

Dans le cas où la substitution n'est pas interdite, la responsabilité du mandataire à l'égard de son substitué n'est ni moindre ni plus lourde que celle qu'il encourt à l'égard de sa propre gestion; en effet, le substitué représente à son tour le substituant, et ses négligences sont imputables à celui qui l'a choisi et l'a mis en son lieu et place.

2^e al. Quelquefois, le mandant, sans interdire la substitution, la

limite à une ou plusieurs personnes déterminées: le mandataire doit évidemment se conformer à cette désignation, s'il a besoin de recourir à un substitué. Dans ce cas, on serait porté à croire que le mandataire n'encourt aucune responsabilité de la gestion du substitué, puisqu'il n'a pas eu la liberté du choix; mais ce serait une erreur contre laquelle le texte a soin de nous mettre en garde: le mandataire originaire reste toujours tenu de surveiller la gestion du substitué et s'il découvrait qu'il est incapable ou infidèle, il devrait en informer le mandant sans délai ou, en cas d'urgence, révoquer lui-même le substitué car c'est toujours lui qui l'a nommé et de même qu'il pouvait ne pas recourir à la substitution, il peut la faire cesser quand elle est dangereuse.

3^o al. La loi devait enfin prévoir le cas où le mandataire aurait fait une substitution dans un cas où elle lui était interdite, ou, ce qui est aussi irrégulier, aurait fait un choix autre que celui qui lui était désigné. Il va sans dire que si le mandant n'éprouvait aucun dommage de cette faute du mandataire, celui-ci resterait impuni, et que si, au contraire, le substitué avait commis des fautes dommageables au mandant, le mandataire en serait responsable comme de ses propres fautes, puisqu'il le serait de même si la substitution n'avait été ni interdite ni limitée; mais la juste rigueur de la loi apparaît, s'il résulte de la substitution des dommages causés par cas fortuit ou par force majeure et qui ne se seraient pas produits si le mandataire avait conservé la gestion: le mandataire en est responsable, car c'est sa faute qui a donné occasion au cas fortuit ou à la force majeure; le cas ne diffère pas, au fond, de la responsabilité des cas fortuits ou de la force majeure qui pèse sur tout débiteur constitué en demeure.

Art. 932.—758. Ce texte reproduit, en la complétant, une disposition analogue du Code français (art. 1994, 2^e al.) qui ne mentionne pas la réciprocité de l'action directe et qui laisse des doutes sur la

substitution irrégulière.

On a parlé longuement de l'action indirecte ou oblique, sous l'article 359 du Projet, correspondant à l'article 1166 du Code français et formant l'opposé de l'action directe (voy. T. II, n^{os} 152 à 154).

Celui qui exerce l'action indirecte est un créancier qui fait valoir un des droits de son débiteur, en prenant, pour ainsi dire, son lieu et place; mais, comme il est rarement seul à prétendre exercer ainsi l'action de son débiteur, il doit subir, à cet égard, le concours des autres créanciers de celui-ci ou leur communiquer, quand ils se sont fait connaître en temps utile et par les voies légales, le profit de l'action qu'il a exercée seul.

Si, dans un cas analogue, un créancier peut exerceer, d i r e c t e m e n t et comme lui appartenant, l'action née d'un acte de son débiteur, il évite ce concours et il a seul le profit de ladite action.

Dans les cas qui nous occupent, le mandataire, en se substituant une autre personne, pourrait être considérée comme ayant acquis personnellement l'action de mandat contre le substitué et le mandant ne devrait alors pouvoir exercer que l'action indirecte; on pourrait surtout le soutenir quand la substitution était interdite ou avait été soumise à une limite qui n'a pas été observée.

Le premier de nos deux alinéas donne cependant au mandant originaire l'action directe contre le substitué; mais le deuxième alinéa ne lui permet de l'exercer qu'en renonçant à critiquer la substitution.

Il n'y a là, en somme, que l'application des principes généraux de la matière:

1^o Dans les cas où la substitution est régulière, le mandataire, en se substituant un tiers, a agi pour le mandant et au nom de celui-ci; il n'a donc pas acquis pour lui-même l'action de mandat contre le substitué: il l'a acquise au mandant et, réciproquement, c'est le mandant qui est obligé envers le substitué, si celui-ci devient

créancier d'une indemnité. Si ce sont là les deux seuls cas dans lesquels le Code français a entendu donner au mandant l'action directe, il n'a fait qu'appliquer le droit commun et il faut sous-entendre dans son texte la réciprocité dont il n'a pas parlé;

2° Dans les cas où la substitution est irrégulière, parce qu'elle était tout-à-fait interdite, ou parce que le choix limité n'a pas été observé, on ne peut plus dire que le mandataire a représenté le mandant et lui a acquis l'action contre le substitué: il est lui-même mandant vis-à-vis du substitué, il a action contre lui et, réciproquement, il est tenu personnellement envers lui; le mandant originaire ne peut donc, d'après les principes, exercer que l'action indirecte seule.

Mais comme le mandant peut toujours ratifier ce que le mandataire a fait au-delà de ses pouvoirs (ainsi qu'on le verra à la Section III), il le pourra ici également, et, en exerçant l'action directe contre le substitué, il sera considéré comme ratifiant le choix qui a été fait de celui-ci.

On pourrait voir la même ratification dans le fait par le mandant de subir sans protestation l'action directe du substitué et même d'y défendre au fond, sans opposer d'abord le défaut de qualité du demandeur."

- 30) T. Hoshino. a.a.O. , S. 185 f. ; vgl. Harada, a.a.O. , S. 66.
- 31) Ume, Minpo Yogi, Sosokuhen (Grundzüge des Zivilgesetzbuches, Allgemeiner Teil), 1896, S. 285.
- 32) Hoten Chosakai Sokkiroku (Niederschrift der Redaktionskommission), 1 - 211.
- 33) Minpo Shuseian Riyusho, S. 104

34) Minpo Shuseian Riyusho, S. 100 ff.

Über die rechtsvergleichende Bedeutung der Vertretung im japanischen Zivilgesetzbuch schreibt Hatoyama, op. cit., p. 357 seq.: Der französische Code civil behandelt Vertretung und Mandat unter dem gleichen Abschnitt im Buch III, Abschnitt 13. Die Vertretung kommt jedoch nicht allein durch einen Vertrag zustande. In vielen Fällen ist sie das Ergebnis der Auswirkung des Gesetzes. Das japanische Zivilgesetzbuch führt allgemeine Bestimmungen über die Vertretung im Buch I auf und Mandate in einem gesonderten Abschnitt unter "Art eines Vertrags" im Buch III. § 112 des japanischen Zivilgesetzbuches bestimmt, daß das Erlöschen der Vertretungsmacht einem gutgläubigen Dritten nicht entgegengesetzt werden kann. Der Dritte ist aber dann nicht gutgläubig, wenn er das Erlöschen der Vertretungsmacht fahrlässig nicht kennt. Diese Bestimmungen sind praktisch die gleichen wie die des französischen Code civil. Das deutsche BGB geht weiter und erklärt, daß ein Dritter von der Tatsache des Erlöschens der Vertretungsmacht unterrichtet werden muß, damit es gegen ihn verwendet werden könnte (§§ 170 - 172).

35) Minpo Shuseian Riyusho, S. 109 f.

Über die rechtsvergleichende Bedeutung der Nichtigkeit und der Anfechtung im japanischen Zivilgesetzbuch schreibt Hatoyama, op. cit., p. 358: Gemäß § 1304 des französischen Code civil ist für die Annullierung und für einen Rücktritt vom Vertrag eine Gerichtsentscheidung nötig. Das japanische Zivilgesetzbuch bestimmt, daß in sich nichtige Rechtsgeschäfte nicht bestätigungsfähig sind; eine Bestätigung wird als Zustandekommen eines neuen Rechtsgeschäfts angesehen (§ 119). Die Anfechtung eines anfechtbaren Rechtsgeschäfts ist in § 123 des japanischen Zivilgesetzbuches wie auch im deutschen BGB einfach geregelt worden. Das Rechtsgeschäft wird mit Zugang der Anfechtungserklärung an den Anfechtungsgegner rückwärtshin ausgelöst.

36) Minpo Shuseian Riyusho, S. 115 f.

37) Vgl. Ishii, a.a.O. , S. 555.

Über die rechtsvergleichende Bedeutung der Bedingung im japanischen Zivilgesetzbuch schreibt Hatoyama, op. cit., p. 358 seq.: Der Zeitpunkt der Wirksamkeit und der Aufhebung eines Rechtsgeschäfts darf von Ereignissen abhängig gemacht werden. Der französische Code civil bestimmt, daß solch ein Ereignis aber zukünftig und unbestimmt zu sein hat. Nach dem japanischen Zivilgesetzbuch darf ein Ereignis zur Bedingung gemacht werden, wenn der Ablauf desselben den Parteien ungewiß ist. Es ist jedoch nicht nötig, daß dies ein zukünftiges Ereignis sein muß, denn von diesem Gesichtspunkt betrachtet, ist nichts auf der Welt ungewiß. Man könnte sagen, alles hat sein vorbestimmtes Ende. Subjektiv gesehen sind jedoch dem menschlichen Auge vielen Dinge ungewiß, und darum liegt kein Grund vor, warum solche Ereignisse nicht zur Bedingung für den Beginn oder das Ende der Anwendung der Gesetze gemacht werden sollte. § 131 Abs. 1 des japanischen Zivilgesetzbuches bestimmt: "Ist die Bedingung bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts schon eingetreten, so wird das Rechtsgeschäft bei einer aufschiebenden Bedingung zu einem unbedingten, bei einer auflösenden Bedingung zu einem nichtigen Rechtsgeschäft." Somit zeigt sich, daß die Bedingung kein zukünftiges Ereignis zu sein braucht. Zur Rechtswirksamkeit bei der Erfüllung der Bedingung verordnet § 1179 des französischen Code civil: "La condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Si le créancier est mort avant l'accomplissement de la condition, ses droits passent à son héritier." Nach § 158 des deutschen BGB bezieht sich die Bedingung nicht rückwirkend auf das Datum des Vertrags. Das japanische Zivilgesetzbuch bestimmt als allgemeiner Grundsatz, daß ein Rechts-

geschäft, welches einer vorher festgesetzten Bedingung unterworfen ist, vom Zeitpunkt des Ablaufs der Bedingung wirksam wird und sich nicht rückwirkend auf das Datum des Vertrags bezieht. Wenn es jedoch eine ausdrückliche gegenteilige Vereinbarung gibt, ist solch eine Vereinbarung gültig (§ 127 Abs. 3).

- 1) Kitagawa, a.a.O. , S. 34.
- 2) Kitagawa, a.a.O. , S. 43.
- 3) Über die herrschende Meinung in Japan, s. Anmerkung I, 1).
- 4) Die Ausnahme macht Hirai, a.a.O. , S. 23 ff. Wenn er aber es für notwendig hält, den Rechtsgeschäftsbegriff auf "verworrene Materialien" zurückzuführen (S. 24), müßte er deutlicher zeigen, was er darunter verstehe.
- 5) Titze, a.a.O. , S. 794.
- 6) Schwarz, Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, Rechtsgeschichte und Gegenwart, 1960, S. 1.

Literaturverzeichnis

Die mit einem (X) versehenen Veröffentlichungen sind in japanischer Sprache, alle übrigen in europäischer abgefaßt.

- Akita, George: Foundations of Constitutional Government in Modern Japan, 1868 - 1900, Cambridge, Mass. 1967.
- (X) Awaji, Takehisa: § 92, in: Chushaku Minpo III (§ 92, in: Kommentar zum japanischen Zivilgesetzbuch Band III), Tokyo 1973.
- Beasley, William G.: The Meiji Restoration, Stanford 1972.
- Boissonade, Gustave: Histoire de la réserve héréditaire et de son influence morale et économique, Paris 1873.
- Boissonade, Gustave: Histoire des droits de l'époux survivant, Paris 1874.
- Boissonade, Gustave: Projet révisé de Code de Procédure criminelle pour l'Empire du Japon, accompagné d'un Commentaire, Tokyo 1882.
- Boissonade, Gustave: Projet révisé de Code pénal pour l'Empire du Japon, accompagné

d'un Commentaire, Tokyo 1886.

Boissonade, Gustave:

Projet de Code civil pour l'Empire
du Japon, accompagné d'un Commentaire ,
nouvelle édition, corrigée et augmentée,
4 tomes, Tokyo 1890 - 1891.

Boissonade, Gustave:

Code civil de l'Empire du Japon,
accompagné d'un Exposé des motifs,
Traduction officielle, 4 tomes,
Tokyo 1891.

Bousquet, Georges:

Le Japon de nos jours, 2 tomes, Paris
1887.

Braisted, William Reynolds:

Meiroku Zasshi: Journal of the
Japanese Enlightenment (Assisted by
Adachi Yasushi and Kikuchi Yuji),
Tokyo 1976.

Coing, Helmut:

Der Rechtsbegriff der menschlichen
Person und die Theorie der Menschen-
rechte, in: Beiträge zur Rechts-
forschung (Deutsche Landesreferate
zum III. Internationalen Kongreß
für Rechtsvergleichung in London),
Berlin, Tübingen 1950.

Coing, Helmut:

Kant und Rechtswissenschaft,

Frankfurt am Main 1955.

Danz, Erich:

Die Auslegung der Rechtsgeschäfte.
Zugleich ein Beitrag zur Rechts-
und Thatfrage, in: Abhandlungen zum
Privatrecht und Zivilprozeß des
Deutschen Reiches Heft II, Jena 1897.

David, René:

Traité élémentaire de droit comparé,
Paris 1950.

David, René:

Einführung in die großen Rechts-
systeme der Gegenwart (Übersetzt und
bearbeitet von Günther Grasmann),
München, Berlin 1966.

Diesselhorst, Malte:

Die Lehre des Hugo Grotius vom
Versprechen, Köln, Graz 1959.

Dulckeit, Gerhald:

Zur Lehre vom Rechtsgeschäft im
klassischen römischen Recht, in:
Festschrift für Fritz Schulz Band
I, Weimar 1951.

Ferid, Murad:

Das Französische Zivilrecht,
2 Bände, Frankfurt am Main,
Berlin 1971.

Flume, Werner:

Allgemeiner Teil des Bürgerlichen

Rechts Band II: Das Rechtsgeschäft,
2. Auflage, Berlin, Heidelberg,
New York 1975.

Gysin, Arnold:

Zur Theorie des Rechtsgeschäfts, in:
Rechtsphilosophie und Grundlagen des
Privatrechts. Begegnung mit großen
Juristen, Frankfurt am Main 1969.

(X) Harada, Keikichi:

Nihon Minpoten no Shiteki Sobyō
(Geschichtlicher Überblick über das
das japanische Zivilgesetzbuch),
Tokyo 1954.

(X) Hatoyama, Hideo:

Horitsukoi naishi Jiko, in: Chushaku
Minpo Zenshu II (Rechtsgeschäft und
Verjährung, in: Kommentar zum
japanischen Zivilgesetzbuch Band II),
Tokyo 1913.

Hatoyama, Kazuo:

The Civil Code of Japan compared with
the French Civil Code, in: Yale Law
Journal Volume 11, 1901 - 1902, p. 296
seqq., p. 354 seqq., p. 403 seqq.

Henderson, Dan Fenno:

Conciliation and Japanese Law:
Tokugawa and Modern, 2 Volumes,
Seattle, Tokyo 1965.

- (X) Hirai, Yoshio: Zenshu §§ 90 - 98 Horitsukoi, in: Chushaku Minpo III (Vorbemerkungen zu §§ 90 - 98 Rechtsgeschäft, in: Kommentar zum japanischen Zivilgesetzbuch Band III), Tokyo 1973.
- (X) Hoshino, Eiichi: Nihon Minpoten ni ataeta Furansu Minpo no Eikyo, in: Minpo Ronshu I (Einflüsse des französischen Code civil auf das japanische Zivilgesetzbuch, in: Gesammelte Schriften zum Zivilrecht Band I), Tokyo 1970.
- (X) Hoshino, Eiichi: Hensankatei kara mita Minpo Shui, in: Minpo Ronshu I (Nachlese des Zivilgesetzbuches in entstehungsgeschichtlicher Hinsicht, in: Gesammelte Schriften zum Zivilrecht Band I), Tokyo 1970.
- (X) Hoshino, Eiichi: Gendai ni okeru Keiyaku, in: Minpo Ronshu III (Vertrag von heute, in: Gesammelte Schriften zum Zivilrecht Band III), Tokyo 1972.
- (X) Hoshino, Eiichi: Nihon Minpogaku no Shuppatsuten - Minpoten no Kisoshatachi -, in: Meiji • Taisho no Gakushatachi (Ausgangspunkt des zivilrechtlichen Studiums in Japan - Entwerfer des

Zivilgesetzbuches -, in: Gelehrte in der Meiji- und Taisho-Periode), Tokyo 1978.

(X) Hoshino, Toru:

Meiji Minpo Hensanshi Kenkyu (Studien zur Entstehungsgeschichte des japanischen Zivilgesetzbuches in der Meiji-Periode), Tokyo 1943.

(X) Hoten Chosakai Shusakai Sokkiroku (Niederschrift des Hauptprüfungs-ausschusses in der Redaktionskommission).

(X) Hoten Chosakai Sokkiroku (Niederschrift der Redaktionskommission).

Hozumi, Nobushige:

Ancestor-Worship and Japanese Law, Tokyo 1901.

Hozumi, Nobushige:

Der Einfluß des Ahnenkultus auf das japanische Recht (Übersetzt aus dem Englischen von Paul Brunn), Berlin 1901.

Hozumi, Nobushige:

The New Japanese Civil Code as Material for the Study of Comparative Law (A Paper read at the International Congress of Arts and Science at the University Exposition, Saint Louis 1904), Tokyo 1904.

(X) Hozumi, Nobushige:

Doitsu Hogaku no Nihon ni oyoboseru

Eikyo, in: Hozumi Nobushige Ibunshu III
(Einflüsse der deutschen Rechtswissen-
schaft auf Japan, in: Nachgelassene
Aufsätze von Nobushige Hozumi Band III),
Tokyo 1934.

(X) Igarashi, Kiyoshi:

Hikakuhogaku to Nihon no Hogaku, in:
Gendaiho XIV (Rechtsvergleichung und
japanische Rechtswissenschaft, in:
Modernes Recht Band XIV), Tokyo 1966.

Igarashi, Kiyoshi:

Die Bedeutung der Rechtsvergleichung
bei der Juristenausbildung. Die japa-
nischen Erfahrungen, gestern und heute,
in: Recht in Japan. Berichte über
Entwicklung und Tendenzen im japanischen
Recht Heft II, Frankfurt am Main 1977.

(X) Inamoto, Yonosuke:

§ 93, in: Chushaku Minpo III (§ 93, in:
Kommentar zum japanischen Zivilgesetz-
buch Band III), Tokyo 1973.

(X) Inamoto, Yonosuke:

§ 94, in: Chushaku Minpo III (§ 94, in:
Kommentar zum japanischen Zivilgesetz-
buch Band III), Tokyo 1973.

(X) Ishii, Ryosuke (herausgegeben): Meiji Bunkashi II: Hoseihen (Kultur-
geschichte der Meiji-Periode Band II:
Rechtswesen), Tokyo 1954.

- Ishii, Ryosuke (edited): Japanese Legislation in the Meiji Era
(Translated and adapted by William
Jones Chambliss), Tokyo 1958.
- Ishii, Shiro: Recht und Verfassung in Japan während
der Tokugawa-Zeit, in: Festschrift für
Herbert Helbig, Köln, Wien 1976.
- Japanese Ministry of Justice
(edited): The Civil Code of Japan, Tokyo 1972.
- (X) Kanayama, Masanobu: Zenshu §§ 127 - 137 Joken oyobi Kigen,
in: Chushaku Minpo IV (Vorbemerkungen
zu §§ 127 - 137 Bedingung und Zeit-
bestimmung, in: Kommentar zum japa-
nischen Zivilgesetzbuch Band IV), Tokyo
1967.
- (X) Kawashima, Takeyoshi: Kindaishakai to Ho (Recht und neuere
Gesellschaft), Tokyo 1959.
- Kawashima, Takeyoshi: Dispute Resolution in Contemporary
Japan, in: Law in Japan. The Legal
Order in a Changing Society (Edited by
Arthur Taylor von Mehren), Cambridge,
Mass. 1963.
- (X) Kawashima, Takeyoshi: Minpo Sosoku, Horitsugaku Zenshu XVII
(Allgemeiner Teil des japanischen

- Zivilgesetzbuches, Juristische Lehr-
bücher Band XVII), Tokyo 1965.
- (X) Kawashima, Takeyoshi
(herausgegeben):
Keikenhogaku no Kenkyu (Studien zur -
empirischen Rechtswissenschaft), Tokyo
1966.
- (X) Kitagawa, Zentaro:
Keiyaku Sekinin no Kenkyu (Studien zur
Vertragshaftung), Tokyo 1963.
- Kitagawa, Zentaro:
Das Methodenproblem in der Dogmatik des
japanischen Bürgerlichen Rechts, in:
AcP Band 166, 1966, S. 334 ff.
- Kitagawa, Zentaro:
Rezeption und Fortbildung des europä-
ischen Zivilrechts in Japan, Frankfurt
am Main, Berlin 1970.
- Kitagawa, Zentaro:
Rechtssoziologisches zum Problem- und
Systemdenken im japanischen Vertrags-
recht, in: Festschrift für Karl Larenz,
München 1973.
- Koschaker, Paul:
Europa und das römische Rechts, 4.
Auflage, München, Berlin 1966.
- Laband, Paul:
Die Stellvertretung bei dem Abschluß
nach dem Deutschen Handelsgesetzbuch,
in: Goldschmidts Zeitschrift für das

gesamte Handelsrecht Band 10, 1866,
S. 183 ff.

Larenz, Karl:

Die Methode der Auslegung des Rechts-
geschäfts. Zugleich ein Beitrag zur
Theorie der Willenserklärung, Nachdruck
der 1. Auflage von 1930, Frankfurt am
Main, Berlin 1966.

Lawson, Frederick Henry:

A Common Lawyer looks at the Civil Law,
Ann Arbor 1953.

Lehmann, Jean-Pierre:

The Image of Japan: From Feudal Isolation
to World Power, 1850 - 1905, London 1978.

Lu, David John:

Sources of Japanese History, 2 Volumes,
New York 1974.

(X) Maruyama, Masao:

Nihon no Shiso (Ideologie in Japan),
Tokyo 1961.

von Mehren, Arthur Taylor:

Some Reflections on Japanese Law, in:
Harvard Law Review Volume 71, 1958,
p. 1962 seqq.

Minear, Richard:

Japanese Tradition and Western Law:
Emperor, State, and Law in the Thought
of Hozumi Yatsuka, Cambridge, Mass. 1970.

(X) Minpo Syuseian Riyusho, Miteiko (Motive zu dem verbesserten Entwurf des Zivilgesetzbuches, Unvollendetes Manuskript).

(X) Miyakawa, Kiyoshi: Kyu Minpo to Meiji Minpo (Das Alte Zivilgesetzbuch und das Neue), Tokyo 1965.

Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtliche Ausgabe, 5 Bände, 2. Auflage, Berlin 1896.

Murakami, Junichi: Einführung in die Grundlagen des japanischen Rechts, Darmstadt 1974.

Nakamura, Hideo: Die Rezeption des deutschen Rechts in Japan—insbesondere auf dem Gebiet des Zivilprozeßrechts—, in: ZZP Band 84 Heft 1, 1971, S. 74 ff.

Nakamura, Kichisaburo: The Formation of Modern Japan as viewed from Legal History, Tokyo 1962.

(X) Nakamura, Kikuo: Shinpan, Kindai Nohon no Hoteki Keisei - Joyakukaisei to Hotenhensan - (Rechtliche Gestaltung des modernen Japans - Revision des Vertrags und Kodifikation -, Neue Auflage), Tokyo 1963.

Nakane, Chie: Japanese Society, London 1970.

- §§ 99 - 118 Vertretung, in: Kommentar zum japanischen Zivilgesetzbuch Band IV), Tokyo 1967.
- (X) Okubo, Yasuo: Nihon Kindaiho no Chichi Boissonade (Boissonade - Vater des modernen Rechts in Japan), Tokyo 1977.
- (X) Okuda, Masamichi: Zenshu §§ 119 - 126 Muko oyobi Torikeshi, in: Chushaku Minpo IV (Vorbemerkungen zu §§ 119 - 126 Nichtigkeit und Anfechtung, in: Kommentar zum japanischen Zivilgesetzbuch Band IV), Tokyo 1967.
- Pyle, Kenneth B.: The New Generation in Meiji Japan: Problems of Cultural Identity, 1885 - 1895, Stanford 1969.
- Reischauer, Robert Karl: Early Japanese History, 2 Volumes, Gloucester, Mass. 1967.
- Röhl, Wilhelm: Fremde Einflüsse im modernen japanischen Recht, Frankfurt am Main, Berlin 1959.
- Rothoeft, Dietrich: System der Irrtumslehre als Methodenfrage der Rechtsvergleichung dargestellt am deutschen und englischen Vertragsrecht, Tübingen 1968.

- Sakai, Eihachiro: Die Entstehung des modernen Beamtenstaates, in: Zwei zaghafte Riesen? Deutschland und Japan seit 1945, Stuttgart, Zürich 1977.
- Sansom, George Bailey: A History of Japan, 3 Volumes, Tokyo 1974.
- Sansom, George Bailey: Japan in World History, Tokyo 1977.
- Schloßmann, Siegmund: Willenserklärung und Rechtsgeschäft, in: Festgabe für Albert Hänel, Kiel, Leipzig 1907.
- Schwarz, Andreas Bertalan: Zur Entstehung des modernen Pandektensystems, in: Rechtsgeschichte und Gegenwart. Gesammelte Schriften zu Neueren Privatrechtsgeschichte und Rechtsvergleichung, Karlsruhe 1960.
- Siems, Johannes: Hermann Roesler and the Making of the Meiji State: An Examination of the Background and his Influence on the Founders of Modern Japan, Tokyo 1968.
- Staudinger, Franz: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen Band I: Allgemeiner Teil, 11. Auflage, Berlin 1957.

- Supreme Court of Japan(edited): The Civil Code of Japan, Tokyo 1959.
- Suzuki, Rokuya: Die Modernisierung des japanischen
Familien- und Erbrechts, in: Rabels
Zeitschrift für ausländisches und
internationales Privatrecht Jahrgang
19, 1954, S. 104 ff.
- Takayanagi, Kenzo: A Century of Innovation: The Development
of Japanese Law, 1868 - 1961, in: Law
in Japan. The Legal Order in a Changing
Society (Edited by Arthur Taylor von
Mehren), Cambridge, Mass. 1963.
- Tanabe, Kohji: The Process of Litigation: An
Experiment with the Adversary System,
in: Law in Japan. The Legal Order in
a Chnging Society (Edited by Arthur
Taylor von Mehren), Cambridge, Mass.
1963.
- Tanaka, Hideo(edited): The Japanese Legal System:
Introductory Cases and Materials
(Assisted by Malcolm D. H. Smith),
Tokyo 1976.
- Titze, Heinrich: Rechtsgeschäft, in: Rechtsverglei-
chendes Handwörterbuch für das Zivil-
und Handelsrecht des In- und Auslandes

Band V, Berlin 1936.

Tsurumi, Kazuko:

Social Change and the Individual:
Japan before and after Defeat in World
War II, Princeton 1970.

(X) Ume, Kenjiro:

Minpo Yogi, Sosokuhen (Grundzüge des
Zivilgesetzbuches, Allgemeiner Teil),
Tokyo 1896.

Vogt, Karl:

Japanisches Bürgerliches Gesetzbuch,
Yokohama 1921.

Wagatsuma, Sakae:

Democratization of the Family Relation
in Japan, in: Washington Law Review
Volume 25, 1950, p. 405 seqq.

(X) Wagatsuma, Sakae:

Sintei Minpo Sosoku, Minpo Kogi I
(Allgemeiner Teil des japanischen
Zivilgesetzbuches, Vorlesungen über das
japanische Zivilgesetzbuch Band I,
neue Auflage), Tokyo 1965.

Watanabe, Yozo:

The Family and the Law. The Indi-
vidualistic Premise and Modern Japanese
Family Law, in: Law in Japan. The
Legal Order in a Changing Society
(Edited by Arthur Taylor von Mehren),
Cambridge, Mass. 1963.

- Weber, Adolph Dieterich: Systematische Entwicklung der Lehre von der natürlichen Verbindlichkeit und deren gerichtliche Wirkung. Mit einer vorläufigen Berichtigung der gewöhnlichen Theorie der Verbindlichkeit überhaupt, 2. Auflage, Leipzig 1811.
- Wieacker, Franz: Privatrechtsgeschichte der Neuzeit unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Auflage, Göttingen 1967.
- Wigmore, John Henry (edited): Materials for the Study of Private Law in Old Japan, Tokyo 1892.
- Wigmore, John Henry (edited): Law and Justice in Tokugawa Japan, 13 Volumes, Tokyo 1969- .
- Yamada, Akira: Japanische Gesetzgebung auf dem Gebiete des Privatrechts, 1945 - 1958, in: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht Jahrgang 26, 1961, S. 713 ff.
- Zajtay, Imre: Die Rezeption fremden Rechts und die Rechtsvergleichung, in: AcP Band 156, 1957, S. 361 ff.

Zajtay, Imre:

La permanence des concept de droit
roman dans les systèmes juridiques
continentaux, in: Revue internationale
de droit comparé, 1966, p. 353 seqq.

Zweigert, Konrad:

Zur Methode der Rechtsvergleichung, in:
Studium generale (Zeitschrift für die
Einheit der Wissenschaft, ihrer Begriffs-
bildungen und Forschungsmethoden)
Jahrgang 13, 1960, S. 194 ff.

Zweigert, Konrad/Kötz, Hein:

Einführung in die Rechtsvergleichung
auf dem Gebiet des Privatrechts Band II:
Institutionen, Tübingen 1969.

Lebenslauf

Am 27. 6. 1950 wurde ich in Niigata/ Japan geboren. Ich bin japanischer Staatsangehöriger. Die Reifeprüfung bestand ich am 31. 3. 1969 an der Takada-Oberschule in Niigata. Anschließend beschäftigte ich mich mit Rechtswissenschaft in einem vierjährigen Grundstudium an der Keio Universität in Tokyo, das ich mit "Bachelor of Arts" abschloß. Nach meiner Graduierung studierte ich zwei Jahre Rechtswissenschaft im Magisterkurs derselben Universität, den ich mit "Master of Arts" abschloß. Als Stipendiat des Deutschen Akademischen Austauschdienstes studierte ich in der Zeit vom 1. 10. 1977 bis 31. 7. 1979 an der Juristischen Fakultät der Universität München. Ein fünfjähriges Doktorstudium (einschließlich des zweijährigen Studienaufenthaltes in München) betreib ich ferner an der Keio Universität, das ich am 31. 3. 1980 beendete.

